

ISBN: 978-3-96374-035-0



9 783963 740350

Rechtskultur Dogmatik

Felber: Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes

Rechtskultur Dogmatik



Astrid Felber

Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes im Vergleich Deutschland – Österreich

Vorschlag für einen Systemwechsel im Recht des
deutschen und österreichischen Betreuungsunterhalts

Rechtskultur Dogmatik

Rechtskultur Dogmatik

Band 6

Herausgegeben von
Martin Löhnig (Regensburg)

Astrid Felber

Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes im Vergleich Deutschland – Österreich

Vorschlag für einen Systemwechsel im Recht des
deutschen und österreichischen Betreuungsunterhalts

©2018 Edition Rechtskultur

Edition Rechtskultur im Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., Regensburg

www.edition-rechtskultur.de

Satz und Gestaltung: Eva Lackner, Esther Pröm und Thomas Hornberger, Regensburg

ISBN: 978-3-96374-035-0

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Salzburg als Dissertation angenommen. Das Rigorosum fand am 28.09.2017 statt.

Der Zitierstil und die Abkürzungen folgen den in Österreich für juristische Arbeiten üblichen AZR – Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen samt Abkürzungsverzeichnis, AZR, 7. Aufl 2012, Verlag Manz, Wien. Auf die danach vorgesehenen Kursivierungen wurde aus drucktechnischen Gründen verzichtet.

Die vom Deutschen Bundestag mit dem „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom 20.07.2017 durch Änderung von § 1353 Abs 1 Satz 1 BGB beschlossene sog. „Ehe für alle“ wurde in der vorliegenden Arbeit noch nachträglich eingearbeitet. Durch sie ergeben sich allerdings keine grundlegenden Änderungen, da vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung geschlossene eingetragene Lebenspartnerschaften iSd LPartG weiter bestehen bleiben, solange die Partner diese nicht nach § 20a LPartG in eine Ehe umwandeln.

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. DDr. DDr. h.c. Johannes Michael Rainer, Universität Salzburg, für die überaus wohlwollende Hauptbetreuung der Arbeit und die mir bei deren Erstellung gewährte „freie Hand“. Ebenso herzlich danke ich Frau Prof. Dr. Marianne Roth, Universität Salzburg, für die von ihr im Rahmen der Nebenbetreuung der Arbeit gegebenen hilfreichen Hinweise. Beiden danke ich zudem für die überaus großzügig gewährte Frist zur Abgabe der Arbeit, die es mir ermöglicht hat, die Dissertation neben der Betreuung meines Sohnes fertigzustellen, für die kurzfristige Erstellung der Gutachten sowie für die überaus angenehme Atmosphäre des zusammen mit Herrn Prof. Dr. Peter Mader, Universität Salzburg, dem ebenfalls mein Dank gilt, durchgeführten Prüfungsgesprächs.

Ganz besonders danke ich Herrn Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, zum einen für die Anregung zur Aufnahme des Doktoratsstudiums an der Universität Salzburg und den Themenvorschlag, zum anderen auch für die freundliche Bereitschaft zur Veröffentlichung der Arbeit im Rahmen der vorliegenden, von ihm herausgegebenen Schriftenreihe.

Ausdrücklich bedanken möchte ich mich auch bei der Universität Salzburg, insbesondere den Mitarbeiterinnen des Prüfungsreferats, sowie bei Frau Martina Pachler, für die bei allen auftretenden Fragen stets freundlich gewährte Unterstützung.

Dank schulde ich zudem der Universitätsbibliothek Regensburg, deren Angebot mir auch als externer Nutzerin in weitem Umfang zur Recherche und für Ausleihen zur Verfügung stand.

Ganz herzlich danke ich auch meinem langjährigen Partner Herrn Roland Kerscher für das Korrekturlesen der Arbeit und seine Unterstützung in zahlreichen anderen Bereichen.

Gewidmet ist diese Arbeit unserem gemeinsamen Sohn Dominik, dessen Geburt mein Leben auf ganz wunderbare Weise verwandelt und bereichert hat und dessen Betreuung mir erst eigentlichen Zugang zur Thematik der vorliegenden Arbeit verschafft hat.

Regensburg, im Dezember 2017
Astrid Felber

INHALT

<u>I. EINFÜHRUNG</u>	<u>1</u>
1. Problemstellung	1
2. Aufbau der Arbeit	4
3. Begriffsklärung	5
<u>II. VERTRAGLICHE REGELUNG VON UNTERHALT WEGEN KINDERBETREUUNG</u>	<u>9</u>
1. Zulässigkeit und Regelungsumfang	9
2. Konkurrenz mit gesetzlichen Unterhaltspflichten	12
3. Kein Schadenersatzanspruch gegen Drittschädiger bei Tötung des Unterhaltspflichtigen	17
4. Zusammenfassung Kapitel 1	20
<u>III. GESETZLICHE REGELUNG DES UNTERHALTS WEGEN BETREUUNG NICHTHELICHER KINDER IN ÖSTERREICH DE LEGE LATA</u>	<u>21</u>
1. Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung unabhängig von einer – formalisierten oder nicht formalisierten – Partnerschaft der Eltern	21
2. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines einer nicht formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes?	29
3. Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes eingetragener Partner analog § 68a Abs 1 EheG?	42
4. Zusammenfassung Kapitel 2	45
<u>IV. GESETZLICHE REGELUNG DES UNTERHALTS WEGEN BETREUUNG NICHTHELICHER KINDER IN DEUTSCHLAND DE LEGE LATA</u>	<u>47</u>
1. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch aus Lebenspartnerschaft?	47
2. Entwicklung der Betreuungsunterhaltsansprüche der geschiedenen und der nichtehelichen Mutter bis zum 31.12.2007	49
3. Verfassungswidrigkeit von § 1615I BGB aF	57
4. Einarbeitung der Entscheidung des BVerfG in das UÄndG	61
5. Neuregelung des Unterhalts wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes gem § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB ab 01.01.2008	62
6. Weiterhin Verfassungswidrigkeit von § 1615 I Abs 2 Satz 2-5 BGB?	74
7. Zusammenfassung Kapitel 3	78
<u>V. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER DERZEITIGEN RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH?</u>	<u>81</u>
1. Prüfungsmaßstab	81
2. Verletzung von Art 7 B-VG und Art 2 StGG?	82
3. Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK?	87
4. Zusammenfassung Kapitel 4	89

VI. NEUREGELUNG DES GESETZLICHEN BETREUUNGSUNTERHALTS IN DEUTSCHLAND UND ÖSTERREICH	91
1. Bisherige Lösungsvorschläge zur Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts	91
2. Hauptziele der Neuregelung	93
3. Zusammenfassung der wesentlichen Regelungsinhalte	111
4. Formulierungsvorschlag	112
VII. FAZIT	117
LITERATURVERZEICHNIS	119

INHALT

<u>I. EINFÜHRUNG</u>	<u>1</u>
1. Problemstellung	1
2. Aufbau der Arbeit	5
3. Begriffsklärung	5
<u>II. VERTRAGLICHE REGELUNG VON UNTERHALT WEGEN KINDERBETREUUNG</u>	<u>9</u>
1. Zulässigkeit und Regelungsumfang	9
a. Österreich	9
b. Deutschland	10
2. Konkurrenz mit gesetzlichen Unterhaltspflichten	12
a. Österreich	12
aa. Reduzierung des jeweiligen Unterhaltsprozentsatzes bei konkurrierenden Sorgerechtspflichten	12
bb. Keine Berücksichtigung rein freiwilliger Unterhaltsleistungen	13
cc. Unterhaltszusagen bei bestehender gesetzlicher Unterhaltspflicht	13
b. Deutschland	14
aa. Möglichkeit des Vorwegabzugs anderweitiger Unterhaltsschulden gem § 1603 Abs 1 BGB	14
bb. Verbindlichkeit der Rangfolge des § 1609 BGB	15
cc. Unterhaltsvereinbarung bei bestehender gesetzlicher Unterhaltspflicht	16
3. Kein Schadenersatzanspruch gegen Drittschädiger bei Tötung des Unterhaltspflichtigen	17
a. Österreich	17
b. Deutschland	18
4. Zusammenfassung zu II.	20
<u>III. GESETZLICHE REGELUNG DES UNTERHALTS WEGEN BETREUUNG NICHTHELICHER KINDER IN ÖSTERREICH DE LEGE LATA</u>	<u>21</u>
1. Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung unabhängig von einer – formalisierten oder nicht formalisierten – Partnerschaft der Eltern	21
a. Anspruch auf Grundlage von § 235 ABGB	21
aa. Entwicklung der Vorschrift und Normzweck	21
bb. Gläubiger und Schuldner iSv § 235 Abs 1 ABGB	22
[1]. Gläubiger der Ansprüche nach § 235 Abs 1 ABGB	22
[2]. Schuldner der Ansprüche nach § 235 Abs 1 ABGB	22
[a]. Vater des Kindes iSv § 144 Abs 1 Z 1 – 3 ABGB	22
[b]. Analoge Anwendung auf zweiten weiblichen Elternteil iSv § 144 Abs 2 Z 1 – 3 ABGB bei fortpflanzungsmedizinisch unterstützter Schwangerschaft	22

cc. Umfang des Unterhaltsanspruchs und praktische Bedeutung der Norm	23
b. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich für Verdienstaussfall gem § 1042 iVm § 231 ABGB?	25
c. Unterhaltsanspruch aus culpa in contrahendo bzw rechtsgeschäftsähnlicher Vertrauenshaftung?	27
d. Anspruch auf Ersatz für schwangerschaftsbedingten Verdienstaussfall wegen Rücktritts vom Verlöbnis nach § 46 ABGB?	28
e. Schadenersatzrechtlicher Anspruch nach § 1328 ABGB	29
2. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines einer nicht formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes?	29
a. Kein originärer gesetzlicher Unterhaltsanspruch aus nicht formalisierter Lebensgemeinschaft	29
b. Unterhaltsanspruch analog § 94 ABGB?	30
c. Unterhaltsanspruch aus analoger Anwendung von § 68a Abs 1 EheG?	30
aa. Verschuldensunabhängiger nachehelicher Unterhaltsanspruch gem § 68a Abs 1 EheG	31
[1]. Ausnahmecharakter der Vorschrift	31
[2]. Normzweck und Verzichtbarkeit des Anspruchs	32
[3]. Anspruchsvoraussetzungen	32
[a]. Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes	33
[b]. Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung	33
[4]. Unterhaltsanspruch nach dem Lebensbedarf	36
[a]. Ermittlung des Lebensbedarfs	37
[b]. OGH-Leitentscheidung 6 Ob 108/08p	38
[5]. Minderung oder Ausschluss des Anspruchs wegen Unbilligkeit	39
[a]. Aus schwerwiegenden Gründen moralischer Unbilligkeit nach § 68a Abs 3 EheG	39
[b]. Wegen finanzieller Unbilligkeit nach § 68a Abs 4 iVm § 67 Abs 1 EheG analog	40
[6]. Praktische Bedeutung der Norm	41
bb. Analoge Anwendbarkeit von § 68a Abs 1 EheG auf gemeinsame Kinder betreuenden ehemaligen Partner einer nicht formalisierten Lebensgemeinschaft?	41
3. Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes eingetragener Partner analog § 68a Abs 1 EheG?	42
a. Keine ausdrückliche Regelung eines nachpartnerschaftlichen verschuldensunabhängigen Betreuungsunterhaltsanspruchs im EPG	42
b. Zwischenzeitlich geschaffene Möglichkeiten gemeinsamer Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare	43
aa. Änderungen im FMedG und Abstammungsrecht	43
bb. Änderungen im Adoptionsrecht	44
c. Konsequenzen der erfolgten gesetzlichen Änderungen	44

**IV. GESETZLICHE REGELUNG DES UNTERHALTS WEGEN BETREUUNG NICHTHELI-
CHER KINDER IN DEUTSCHLAND DE LEGE LATA 47**

1. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch aus Lebenspartnerschaft?	47
a. Grundsätzlich kein Unterhaltsanspruch aus faktischer Lebensgemeinschaft	47
b. Ausnahme bei eingetragener Partnerschaft zweier gleichgeschlechtlicher Lebenspartner	48
2. Entwicklung der Betreuungsunterhaltsansprüche der geschiedenen und der nichtehelichen Mutter bis zum 31.12.2007	49
a. Entwicklung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Mutter bis zum 31.12.2007	49
b. Entwicklung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter bis zum 31.12.2007	53
aa. Rechtsstand bei Inkrafttreten des BGB zum 01.01.1900	53
bb. Änderung durch das Nichtehechengesetz zum 01.07.1970	54
cc. Reform durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz zum 01.10.1995	54
dd. Änderungen durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz zum 01.07.1998	56
3. Verfassungswidrigkeit von § 1615I BGB aF	57
a. Verneint durch BGH-Urteil vom 05.07.2006	58
b. Bejaht durch BVerfG-Beschluss vom 28.02.2007	59
aa. Verletzung von Art 6 Abs 5 GG	59
bb. Keine Verletzung von Art 6 Abs 2 GG	60
cc. Keine Prüfung eines Verstoßes gegen Art 3 Abs 1 GG	61
4. Einarbeitung der Entscheidung des BVerfG in das UÄndG	61
5. Neuregelung des Unterhalts wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes gem § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB ab 01.01.2008	62
a. Wesentlicher Inhalt der Neuregelung	62
b. Zielsetzungen der Reform im Hinblick auf den Betreuungsunterhalt	62
aa. Förderung des Kindeswohls	63
bb. Anpassung des Unterhaltsrechts an gesellschaftlichen Wandel	64
c. Aktivlegitimation	65
d. Basisunterhalt bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes gem § 1615I Abs 2 Satz 2 und 3 BGB	66
e. Verlängerung des Unterhaltsanspruchs gem § 1615I Abs 2 Satz 4 und 5 BGB	67
aa. Verlängerung aus kindbezogenen Gründen	67
bb. Verlängerung aus elternbezogenen Billigkeitsgründen	70
cc. Kritik	71
f. Anspruchshöhe	72
6. Weiterhin Verfassungswidrigkeit von § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB?	74

a. Wegen fortbestehender Unterschiede zwischen § 1615l BGB und § 1570 BGB?	74
aa. Tod des Unterhaltspflichtigen	74
bb. Umfang des Betreuungsunterhaltsanspruchs	75
cc. Vertragliche Regelung des Betreuungsunterhalts	76
dd. Altersvorsorgeunterhalt	77
b. Wegen Benachteiligung von Kindern, die keiner ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihrer Eltern entstammen?	77
7. Zusammenfassung zu IV.	78

V. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER DERZEITIGEN RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH? 81

1. Prüfungsmaßstab	81
2. Verletzung von Art 7 B-VG und Art 2 StGG?	82
a. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern?	83
aa. Beseitigung der Differenzierung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im ABGB	83
bb. Weiterhin Differenzierung in der Betreuungssituation von Kindern	83
cc. Keine sachliche Rechtfertigung der Differenzierung durch gewichtige objektive Umstände	85
b. Ungleichbehandlung der betreuenden Elternteile?	85
aa. Wegen Fehlen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zugunsten betreuender Väter keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder?	85
bb. Wegen Fehlen eines gesetzlichen Betreuungsunterhaltsanspruchs für Elternteile keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder?	86
3. Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK?	87
4. Zusammenfassung zu V.	89

VI. NEUREGELUNG DES GESETZLICHEN BETREUUNGSUNTERHALTS IN DEUTSCHLAND UND ÖSTERREICH 91

1. Bisherige Lösungsvorschläge zur Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts	91
a. Österreich	91
b. Deutschland	92
aa. Gesetzgebungsvorschlag Löhnig/Preisner	92
bb. Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschuss Familienrecht	93
2. Hauptziele der Neuregelung	93
a. Kindeswohl	93
aa. Kindeswohl als Leitgedanke des österreichischen und deutschen Familienrechts	93
bb. Vereinbarkeit einer Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils mit dem Kindeswohl	94
[1]. Sozialwissenschaftliche und psychologische Sichtweise	94

[2]. Zunahme atypischer Arbeitszeiten	95
[3]. Kollision mit Regelöffnungszeiten von Kinderbetreuungseinrichtungen	96
[4]. Vermeidung einer Überforderung des betreuenden Elternteils	97
cc. Subjektives Wohlbefinden des Kindes	98
b. Gleichmäßige Verteilung der Lasten der Kinderbetreuung auf beide Elternteile	99
aa. Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt von § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB und § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB	99
[1]. Entstehungsgeschichte	99
[2]. Regelungsgehalt	101
[a]. Deutschland	101
[b]. Österreich	102
bb. Missverhältnis zwischen Betreuungsunterhalt und Geldunterhalt vor allem in den betreuungsintensiven ersten Lebensjahren eines Kindes	103
[1]. Situation des geldunterhaltspflichtigen Elternteils	103
[2]. Situation des kinderbetreuenden Elternteils	105
cc. Ausgleich durch pauschalen Unterhaltsbetrag	107
c. Verbesserung der wirtschaftlichen Situation Alleinerziehender	108
aa. Erhöhtes Armutsrisiko Alleinerziehender	108
bb. Systemwechsel zu Bruttozahlungen im Bereich des Betreuungsunterhalts	109
3. Zusammenfassung der wesentlichen Regelungsinhalte	111
4. Formulierungsvorschlag	112
a. Österreich	112
b. Deutschland	114

VII. FAZIT	117
------------	-----

LITERATURVERZEICHNIS	119
----------------------	-----

I. EINFÜHRUNG

1. Problemstellung

Einem gesamteuropäischen Trend folgend¹ hat sowohl in Österreich als auch in Deutschland in den letzten Jahrzehnten die Zahl von Kindern, die außerhalb aufrechter Ehe ihrer Eltern geboren wurden, deutlich zugenommen.

Die Ursachen für den Anstieg der Nichteelichenquote – die nicht zwingend damit einhergeht, dass die Eltern des Kindes auch in faktischer Lebensgemeinschaft zusammenleben² – sind vielfältig und unter anderem in der zunehmenden gesellschaftlichen Akzeptanz nichtehelicher Familien, dem sinkenden Einfluss der Kirchen und der Emanzipation der Frau zu sehen.³

In Gesamtdeutschland (früheres Bundesgebiet und Gebiet der ehemaligen DDR zusammengerechnet) hat sich die Zahl der nichtehelichen Geburten von 95.321 im Jahr 1960 auf 257.903 im Jahr 2015 fast verdreifacht.⁴ Bezogen auf die Zahl aller Geburten bedeutet dies wegen des gleichzeitigen starken Rückgangs der absoluten Zahl aller Lebendgeburten⁵ eine Erhöhung der Nichteelichenquote von 8,6 % im Jahr 1960 auf 35 % im Jahr 2015.⁶

¹ Der Nichteelichen-Anteil an allen Geburten ist im Europäischen Wirtschaftsraum von 5 % im Jahr 1965 auf 40,2 % im Jahr 2013 gestiegen, vgl Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg), Europäische Sozialstatistik Bevölkerung (2000), 88 und Kaindl/Schipfer, Familien in Zahlen 2015. Statistische Informationen zu Familien in Österreich (November 2015), 91 (Abbildung 29).

² Eine statistische Erfassung des Partnerschaftsstatus nichtehelicher Mütter erfolgt allerdings nur in wenigen europäischen Staaten. In Spanien, England und Wales, Irland und Schottland etwa waren im Jahr 2008 von den Müttern neugeborener Kinder – bei einer Ehelichenquote zwischen 50 % und 67 % – 16 % nicht mit dem Kindesvater zusammenlebend und zwischen 17 % und 34 % in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebend, siehe Leibert, Nichteeliche Geburten in Europa, in: Nationalatlas aktuell 4 (08.2010) 8 [25.08.2010. Leipzig: Leibniz-Institut für Länderkunde (IfL), aktuell.nationalatlas.de/wp-content/uploads/10_08_Geburten.pdf (abgefragt am 23. 6. 2017) 7 (Graphik 4).

³ Leibert, Nichteeliche Geburten in Europa, in: Nationalatlas aktuell 4 (08.2010) 8 [25.08.2010. Leipzig: Leibniz-Institut für Länderkunde (IfL), aktuell.nationalatlas.de/wp-content/uploads/10_08_Geburten.pdf (abgefragt am 23. 6. 2017) 1. Im Osten Deutschlands und bis Mitte des 20. Jahrhunderts auch in Bayern war die Nichteelichenquote bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts höher als im Rest Deutschlands, was im bäuerlich geprägten Bayern vor allem auf eine spezielle Erbtradition, die auf eine späte Heirat des künftigen Hoferben hinwirkte, verbunden mit einer erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder und im Osten Deutschlands unter anderem auf die frühe Abkehr vom Einfluss der auf eheliche Geburten hinwirkenden Kirchen zurückzuführen war, siehe Max-Planck-Institut für demografische Forschung (MPIDR) Pressemitteilung vom 24. Juli 2014, Nichteeliche Geburten. Deutschland auf Dauer geteilt. Geburten ohne Trauschein sind in Ostdeutschland die Norm – ganz anders als im Westen. Dieser Unterschied hat historische Wurzeln weit vor 1945. Er wird noch lange bleiben. https://www.demogr.mpg.de/mediacms/3497_MPIDR-PM_MPIDR-PM_Dauer_geteilt.pdf (23.06.2017).

⁴ Statistisches Bundesamt (Destatis), Zusammenfassende Übersichten. Eheschließungen, Geborene und Gestorbene 1946 – 2015 (30.06.2016), 2.

⁵ Von 1 261 614 Lebendgeburten im Jahr 1960 auf 737 575 Lebendgeburten im Jahr 2015, vgl Statistisches Bundesamt (Destatis), Zusammenfassende Übersichten 1946–2015, 2.

⁶ Eigene Berechnung, ermittelt aus den Zahlen Statistisches Bundesamt (Destatis), Zusammenfassende

Gleichzeitig ist innerhalb eines Zeitraums von 18 Jahren in Deutschland die Zahl der Familien mit einem alleinerziehenden Elternteil von 1,3 Millionen im Jahr 1996 um 335.000 auf rund 1,6 Millionen im Jahr 2014 gestiegen, womit sich der Anteil Alleinerziehender an den 8,1 Millionen Familien in Deutschland von rund 14 % auf 20 % erhöht hat.⁷ 89 % der Alleinerziehenden in Deutschland sind Mütter,⁸ von denen wiederum 43 % ledig, 38 % geschieden, 15 % zwar verheiratet, aber getrennt lebend und 4 % verwitwet sind.⁹

In Österreich haben sich die außerehelichen Geburten von 14.807 im Jahr 1960 auf 34.110 im Jahr 2014¹⁰ mehr als verdoppelt, was wegen des gleichzeitigen starken Rückgangs der absoluten Zahl aller Lebendgeburten¹¹ einer Erhöhung der Nichtehelichenquote von 11,8 % im Jahr 1960 auf 41,7 % im Jahr 2014¹² entspricht.

Der Anteil der Familien mit einem alleinerziehenden Elternteil an allen 894.600¹³ Familien mit Kindern unter 18 Jahren hat sich im Jahr 2014 auf 15,5 % belaufen.¹⁴ Auch in Österreich sind deutlich überwiegend die Mütter alleinerziehend. So bestanden im Jahr 2014 von insgesamt 138.500 sogenannten Ein-Elternteil-Familien 125.500 aus Mutter und Kind bzw Kindern und nur 13.000 aus Vater und Kind bzw Kindern unter 18 Jahren,¹⁵ was einem Anteil alleinerziehender Mütter von 90,6 % und alleinerziehender Väter von 9,4 % an allen Ein-Elternteil-Familien entspricht.¹⁶ Mit 13.000 Vater-Kind-Familien betrug der Anteil alleinerziehender Väter bezogen auf alle 894.000 Familien mit Kindern im Jahr 2014 in Österreich rund 1,5 %, wobei dieser Prozentsatz seit 1985 in etwa gleichbleibend ist.¹⁷ Von den alleinerziehenden Müttern in Österreich wiederum sind 47 % ledig, 37 % geschieden, 12 % zwar verheiratet, aber getrennt lebend und 4 % verwitwet.¹⁸

Übersichten 1946–2015, 2.

⁷ Statistisches Bundesamt (Destatis), Zahl der Woche vom 23. Februar 2016, destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2016/PD16_08_p002pdf.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁸ Statistisches Bundesamt (Destatis), Zahl der Woche vom 23. Februar 2016, destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2016/PD16_08_p002pdf.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁹ Statistisches Bundesamt (Destatis)/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Auszug aus dem Datenreport 2016. Kapitel 2 Familie, Lebensformen und Kinder, 47.

¹⁰ Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 25 (Tabelle 12).

¹¹ Von 125 945 Lebendgeburten im Jahr 1960 auf 81 722 Lebendgeburten im Jahr 2014, vgl Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 16 (Tabelle 1).

¹² Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 25 (Tabelle 12).

¹³ Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 52 (Tabelle 38).

¹⁴ Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 52 (Tabelle 38).

¹⁵ Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 52 (Tabelle 38).

¹⁶ Eigene Berechnung, ermittelt aus den Zahlen Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 52 (Tabelle 38).

¹⁷ Zartler/Beham-Rabanser/Kromer/Leitgöb/Weber, Alleinerziehende in Österreich. Lebensbedingungen und Armutsrisiken (April 2011) 45 (Abbildung 1).

¹⁸ Die Zahlen betreffen das Jahr 2009, vgl Zartler/Beham-Rabanser/Kromer/Leitgöb/Weber, Alleinerziehende, 44, in dem allerdings die Anteile von Ein-Elternteil-Familien an allen Familien und auch die Anteile alleinerziehender Mütter und Väter nur geringfügig von denen im Jahr 2014 abwichen, vgl Kaindl/

Da davon auszugehen ist, dass von den geschiedenen, verheiratet aber getrennt lebenden bzw verwitweten kinderbetreuenden Müttern einige gleichzeitig auch ein nichteheliches Kind erziehen, betreuen also in Deutschland mindestens 43 % und in Österreich mindestens 47 % der alleinerziehenden Mütter (auch) ein nichteheliches Kind. Hinzu kommen noch die Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern, die bisher zahlenmäßig statistisch noch nicht erfasst werden.

Ein Unterhaltsanspruch steht in Österreich Müttern, die ein Kind betreuen, das keiner Ehe mit dem Vater entstammt, de lege lata unmittelbar nur aus der Regelung des § 235 ABGB für die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes gegen den Vater zu. Väter, die ein nichteheliches Kind betreuen, haben in Österreich bisher zumindest keinen ausdrücklich gesetzlich normierten Unterhaltsanspruch gegen die Kindsmutter. Demgegenüber wurde für alleinerziehende geschiedene Elternteile zum 01.01.2000 in § 68a Abs 1 EheG eine geschlechtsneutrale Regelung zum verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch wegen Kinderbetreuung eingeführt.

In Deutschland wurde § 1615l Abs 2 BGB, der den Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern regelt, wegen Verfassungswidrigkeit von § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB aF¹⁹ zuletzt mit Wirkung zum 01.01.2008²⁰ reformiert und eröffnet für den betreuenden Elternteil nunmehr – weitgehend parallel zum Betreuungsunterhalt für geschiedene Eltern nach § 1570 BGB, dessen Anspruchsdauer (§ 1570 Abs 1 Satz 1 BGB) an die von § 1615l BGB angepasst wurde – einen Unterhaltsanspruch mindestens für die ersten drei Lebensjahre des Kindes (§ 1615l Abs 2 Satz 3 BGB) mit Verlängerungsmöglichkeiten aus Billigkeitsgründen insbesondere im Hinblick auf kindbezogene Belange (§ 1615l Abs 2 Satz 4 und 5 BGB).

Die gesellschaftspolitische Relevanz der Thematik ist daran zu erkennen, dass in beiden Ländern gleichermaßen – in Deutschland trotz der Tatsache, dass dort seit Jahrzehnten der Unterhaltsanspruch alleinerziehender, sowohl geschiedener als auch nicht-verheirateter, Elternteile weiterentwickelt wurde – ein gegenüber Paarhaushalten mit Kindern erhöhtes Armutsrisiko für sogenannte Ein-Elternteil-Familien besteht,²¹ wobei trotz fehlender statistischer Differenzierung mE zu Recht angenommen wird, dass die Armutsgefährdung in Alleinerziehendenhaushalten mit nichtehelichen Kindern höher

Schipfer, FiZ 2015, 52 (Tabelle 38), sodass das davon auszugehen ist, dass die Anteile für das Jahr 2014 etwa gleich sein dürften.

¹⁹ Vgl Beschluss vom 28.02.2007, BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04; 28.02.2007, 1 BvL 9/04.

²⁰ dBGBI 2007 I, 3189.

²¹ So betrug laut Lenze, Alleinerziehende unter Druck. Rechtliche Rahmenbedingungen, finanzielle Lage und Reformbedarf. Im Auftrag der Bertelsmann Stiftung (2014) 20–21 das Armutsrisiko in Deutschland im Jahr 2011 bei Alleinerziehendenhaushalten 42,3 % gegenüber 10 % bei Paaren mit einem Kind und 23 % bei Paaren mit drei und mehr Kindern. Laut Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 82 (Tabelle 68) belief sich in Österreich im Jahr 2014 die Armutsgefährdungsrate von Alleinerziehendenhaushalten auf 27,4 % gegenüber 11,8 % bei Paarhaushalten mit Kindern unter 18 Jahren; siehe auch zu den einzelnen Indikatoren für Armut in der Lebensführung Zartler/Beham-Rabanser/Kromer/Leitgöb/Weber, Alleinerziehende 123 (Tabelle 41).

ist als die in Haushalten, in denen der alleinerziehende Elternteil vom geschiedenen Ehepartner Unterhalt erhält.²²

Vor diesem Hintergrund erscheint die Frage des Unterhaltsanspruchs von Elternteilen, die ein Kind betreuen, das keiner Ehe seiner Eltern entstammt, als ein sozial höchst relevantes Thema.

Die Thematik des Betreuungsunterhaltsanspruchs für nichteheliche Elternteile findet auch in den letzten Jahren in der juristischen Literatur zunehmende Aufmerksamkeit:

So wurde in Österreich insbesondere seit 2007 wiederholt untersucht, ob bzw. inwieweit in Österreich bereits nach der aktuellen Rechtslage ein Betreuungsunterhaltsanspruch für nichteheliche Elternteile besteht,²³ ob die derzeitige Rechtslage in Österreich verfassungskonform ist²⁴ und wie ein etwaiger Betreuungsunterhaltsanspruch für nichteheliche Elternteile rechtlich ausgestaltet werden könnte.²⁵

Auch in Deutschland ist die zuletzt durch das „Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts“ vom 21.12.2007²⁶ (UÄndG) geänderte Rechtslage zum Unterhaltsanspruch kinderbetreuender Elternteile Gegenstand intensiver kritischer Diskussion²⁷ verbunden mit Vorschlägen für eine erneute Überarbeitung der letzten Reform.²⁸

²² Nowack/Ganner, Verfassungswidrigkeit des Betreuungsunterhalts und des Unterhaltsanspruchs der nicht verheirateten Mutter? iFamZ 2010, 68 (71 FN 31).

²³ Insbesondere Beclin, Sind nicht verheiratete Eltern einander zu Unterhalt verpflichtet? EF-Z 2007/3, 10; Meissel, Unterhaltsansprüche aus Lebensgemeinschaft? EF-Z 2008/4, 13; Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ (2015) Rz 1650.

²⁴ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70–71); Ulrich, Die Judikatur des EGMR und VfGH zum Obsorge – und Namensrecht, in Deixler-Hübner/Ulrich (Hrsg), Kindschafts – und Namensrechts-Änderungsgesetz (2013) 1 (30).

²⁵ ZB Deixler-Hübner, Rechtliche Regelungen für Lebensgemeinschaften im Innenverhältnis, iFamZ 2012, 193 (196); Ferrari, Benötigen moderne Partnerschaften und Familien zu Beginn des 21. Jahrhunderts noch gesetzliche Regelungen? in Neuwirth (Hrsg), Familie neu? (2010) 33 (43); Fischer-Czermak/Beclin, Neue Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften? Gutachten für den 18. Österreichischen Juristentag Linz 2012 Band II/1 (2012) 170–172.

²⁶ dBGBl 2007 I, 3189.

²⁷ Ua Becker-Stoll, Kindeswohl und Fremdbetreuung, FamRZ 2010, 77; Börger, Erfahrungen mit der Anwendung des neuen Rechts, FPR 2009, 71; Heiderhoff, Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das dritte Lebensjahr hinaus in der aktuellen Rechtsprechung des BGH – lässt die Unterhaltsrechtsreform wirklich so wenig Spielraum? FamRZ 2012, 1604; Götz, Anforderungen an die Erwerbsobliegenheit des Kindesbetreuenden Elternteils im neuen Unterhaltsrecht – eine Erfolgsgeschichte für die betroffenen Kinder? FPR 2011, 149; Hütter, Der Anspruch des Kindes auf persönliche Betreuung durch einen Elternteil – nur bis zum dritten Lebensjahr? FPR 2012, 134; Krone/Stöbe-Blossey, Vater, Mutter, Kind – und Job? Zur Organisation von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung, FPR 2010, 137; Lenze, Das neue Unterhaltsrecht aus sozialrechtlicher Perspektive, FamRZ 2009, 1724.

²⁸ ZB Löhnig/Preisner, Zur notwendigen Neugestaltung des Betreuungsunterhalts, FamRZ 2010, 2029 (2035); Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 43–59.

2. Aufbau der Arbeit

Zunächst wird in Kapitel 1 dargestellt, ob bzw inwieweit nach der österreichischen und deutschen Rechtslage die Möglichkeit zur vertraglichen Vereinbarung von Unterhalt wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes besteht und worin die Vor- und Nachteile vertraglich vereinbarten oder rein faktisch geleisteten Unterhalts gegenüber gesetzlichen Unterhaltsansprüchen bestehen.

In Kapitel 2 wird sodann untersucht, ob bzw inwieweit sich in Österreich bereits de lege lata aus § 235 ABGB bzw entsprechender Anwendung anderer Vorschriften ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes ergibt. Dabei wird auch auf die zum 01.01.2000 in Kraft getretene Regelung des § 68a Abs 1 EheG eingegangen, der geschiedenen Elternteilen einen Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes idR zumindest für die ersten fünf Lebensjahre des Kindes eröffnet, und geprüft, ob diese Regelung auf gemeinsame Kinder betreuende nichteheliche Lebensgefährten bzw nach Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Eltern eines gemeinsamen Kindes analog anwendbar ist.

In Kapitel 3 wird sodann unter Darstellung der Entwicklung der Norm und der Gründe für die letzte Änderung der Vorschrift die derzeitige deutsche Regelung zum Betreuungsunterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern in § 1615l Abs 2 Satz 2–5 BGB dargestellt und geprüft, ob die aktuelle Regelung verfassungskonform ist oder ob weiterhin Reformbedarf besteht.

Sodann wird in Kapitel 4 untersucht, ob sich aus der Entwicklung in Deutschland Schlussfolgerungen für Österreich ziehen lassen, inwieweit die geltende Rechtslage in Österreich verfassungsgemäß ist oder inwieweit – so wie es dem deutschen Gesetzgeber mit Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 28.02.2007²⁹ aufgegeben worden war – auch hier Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht oder ein Tätigwerden des Gesetzgebers zumindest wünschenswert ist.

Abschließend wird für beide Länder ein Vorschlag unterbreitet, wie die Regelung eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs wegen Kinderbetreuung de lege ferenda für beide Länder aussehen könnte.

3. Begriffsklärung

Zunächst erfolgen zur Begriffsklärung die folgenden Ausführungen:

Vor dem zum 01.02.2013³⁰ erfolgten Inkrafttreten des „Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz[es] 2013 (KindNamRÄG 2013)“³¹ hat das ABGB noch zwischen ehelichen und unehelichen Kindern unterschieden (vgl zB die Überschrift vor §§ 139 ff ABGB aF „Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und ehelichen Kindern“ und die Überschrift vor §§ 161 ff ABGB aF „Legitimation der unehelichen Kinder“).

²⁹ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04.

³⁰ BGBl I 2013/15 (Art 9 § 1 leg cit).

³¹ BGBl I 2013/15.

Diese Unterscheidung wurde durch das KindNamRÄG 2013 aus dem ABGB weitgehend ersatzlos eliminiert. Der Begriff des „unehelichen Kindes“ ist im ABGB jetzt nur noch in der Regelung zur gesetzlichen Vertretung des Kindes in § 167 Abs 2 Satz 1 ABGB nF zu finden.

In deutschen Bundesgesetzen waren zunächst durch das „Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge“ vom 18.07.1979³² mit Wirkung zum 01.01.1980³³ die Begriffe „unehelich“ durch „nichtehelich“ und „Unehelichkeit“ durch „Nichtehelichkeit“ ersetzt worden.³⁴ Das „Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG)“ vom 16.12.1997³⁵ hat mit Wirkung zum 01.07.1998³⁶ auch den Begriff „nichtehelich“ aus dem BGB eliminiert, das seitdem im Verwandtenunterhaltsrecht „Besondere Vorschriften für das Kind und seine nicht miteinander verheirateten Eltern“³⁷ beinhaltet.

Inzwischen gibt es in beiden Ländern für gleichgeschlechtliche Lebenspartner die Möglichkeit, ihre Beziehung rechtlich zu formalisieren – in Deutschland nach den Vorschriften des „Gesetz[es] über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG)“ vom 16.02.2001³⁸ und in Österreich gemäß den Regelungen des zum 01.01.2010 in Kraft getretenen „Eingetragene Partnerschaft-Gesetz[es] – EPG“.³⁹

In Österreich ist nunmehr eine gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare durch Adoption sowie eine gemeinsame Elternschaft von Frauen-Paaren infolge fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen unabhängig davon rechtlich zulässig, ob sie in einer gemäß den Vorschriften des EPG rechtlich formalisierten Partnerschaft oder in faktischer Lebensgemeinschaft zusammenleben.⁴⁰

Auch in Deutschland besteht inzwischen die Möglichkeit einer gleichgeschlechtlichen Elternschaft, allerdings nach geltender Rechtslage nur im Wege der Adoption, die bisher nur eingetragenen Lebenspartnern iSd LPartG⁴¹ sowie – seit der zum 01.09.2017 erfolgten Einführung der „Ehe für alle“ – auch verheirateten gleichgeschlechtlichen Partnern, nicht dagegen in nicht formalisierter Partnerschaft zusammenlebenden Paaren offensteht.

Damit sind nunmehr in beiden Ländern gleichgeschlechtliche Elternschaften – in Österreich fast ausnahmslos⁴², in Deutschland für eingetragene Lebenspartner sowie verheiratete gleichgeschlechtliche Paare – zulässig, während die Eheschließung in Österreich weiterhin nur für verschiedengeschlechtliche Paare möglich ist. Daher erscheinen

³² dBGBl I 1979, 1061.

³³ dBGBl I 1979, 1061 (Art 9 § 4 leg cit).

³⁴ dBGBl I 1979, 1061 (Art 9 § 2 Z 1 und 2 leg cit).

³⁵ dBGBl I 1997, 2942.

³⁶ dBGBl I 1997, 2942 (Art 17 § 1 leg cit).

³⁷ Vgl die Überschrift vor § 1615 a BGB, eingefügt durch dBGBl I 1997, 2942 (Art 1 Z 3 leg cit).

³⁸ dBGBl I 2001, 266 (Art 1 leg cit).

³⁹ BGBl I 2009/135.

⁴⁰ Siehe hierzu Abschnitt III.3.b. dieser Arbeit.

⁴¹ Siehe hierzu Abschnitt IV.1.b.

⁴² Zu den einzigen verbliebenen Ausnahmen siehe FN 308.

die bislang üblichen Bezeichnungen wie „Unterhaltsanspruch der mit dem Kindesvater nicht verheirateten Mutter“ oder „Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter“ zur Abgrenzung vom Unterhaltsanspruch von Elternteilen, die miteinander verheiratet sind oder waren oder als gleichgeschlechtliches Paar in einer eingetragenen Partnerschaft zusammenleben oder zusammengelebt haben, nicht mehr ausreichend präzise.

Da sich bisher in der Rechtssprache noch keine neue Terminologie eingebürgert hat, wird daher in dieser Arbeit – jedenfalls soweit es um die aktuelle Rechtslage und einen Vorschlag zur künftigen gesetzlichen Regelung geht – vom Unterhalt wegen Betreuung eines keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes gesprochen. Aus dem gleichen Grund werden als Synonym für den Terminus „nicht rechtlich formalisierte Partnerschaft“ auch die in Deutschland bzw Österreich inzwischen gebräuchlich gewordenen Begriffe „faktische Lebensgemeinschaft“⁴³ bzw „Lebensgemeinschaft“⁴⁴ verwendet, die jeweils sowohl nichteheliche verschiedenen-geschlechtliche als auch nichteingetragene gleichgeschlechtliche Partnerschaften umfassen.

Da „nichtehelich“ alle Kinder sind, die keiner Ehe ihrer Eltern entstammen, untersucht die vorliegende Arbeit rechtsvergleichend die Unterhaltsansprüche aller verschiedengeschlechtlichen Elternteile wegen Kinderbetreuung, die mit dem anderen Elternteil entweder in faktischer Lebensgemeinschaft leben oder gelebt haben oder nie irgendeine Form der Partnerschaft miteinander geführt haben, sowie aller kinderbetreuenden gleichgeschlechtlichen Elternteile, die mit dem anderen Elternteil in eingetragener Partnerschaft oder nicht rechtlich formalisierter Lebensgemeinschaft leben oder gelebt haben.⁴⁵

⁴³ Vgl zB den Aufsatztitel Lönnig, Das Unterhaltsrecht in der faktischen Partnerschaft, NJW 2016, 1487.

⁴⁴ Vgl zB den Buchtitel Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft. Rechtliche Folgen der Ehescheidung und Auflösung einer Lebensgemeinschaft¹² (2016).

⁴⁵ Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung werden im Folgenden Begriffe wie „Lebensgefährte“, „Lebenspartner“, „Ehepartner“ etc geschlechtsneutral (also gleichbedeutend mit „Lebensgefährtin“, „Lebenspartnerin“, „Ehepartnerin“ etc) verwendet.

II. VERTRAGLICHE REGELUNG VON UNTERHALT WEGEN KINDERBETREUUNG

Zunächst soll auf die Möglichkeit und die Konsequenzen der vertraglichen Zusage von Unterhalt zwischen den Eltern eines nichtehelichen Kindes eingegangen werden.

1. Zulässigkeit und Regelungsumfang

a. Österreich

Für den Fall, dass Eltern mit einem gemeinsamen Kind in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenleben und ein Elternteil für den Lebensunterhalt der Familie aufkommt, während der andere Elternteil die eigene Erwerbstätigkeit zugunsten von Kinderbetreuung und Führung des gemeinsamen Haushalts zumindest vorübergehend aufgibt, wird in der österreichischen Lehre⁴⁶ mangels ausreichender gesetzlicher unterhaltsrechtlicher Absicherung des kinderbetreuenden Elternteils eine vertragliche Unterhaltsregelung jedenfalls für den Fall der Trennung ausdrücklich empfohlen. Allerdings machen bisher in Österreich nur wenige Paare von dieser Möglichkeit Gebrauch.⁴⁷

Da Unterhaltsvereinbarungen generell von beliebigen Parteien auf rein schuldrechtlicher Basis abgeschlossen werden können,⁴⁸ ist die Wirksamkeit einer Unterhaltszusage mE nicht vom Bestehen einer Lebensgemeinschaft zwischen den Eltern des Kindes abhängig, auch wenn ein Partner vermutlich eher bereit sein dürfte, sich freiwillig zu Unterstützungszahlungen an den kinderbetreuenden Partner zu verpflichten, wenn er durch gemeinsames Wirtschaften innerhalb einer Lebensgemeinschaft auch selbst an den von diesem erbrachten Haushaltsleistungen profitiert.

Eine Unterhaltsvereinbarung kann nicht nur ausdrücklich, sondern bei Vorliegen einer schlüssigen Willenserklärung auch konkludent zustande kommen, woran allerdings nach § 863 ABGB ein strenger Maßstab anzulegen ist.⁴⁹

⁴⁶ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1643; Deixler-Hübner, Die nichteheliche Partnerschaft. Rechtswirklichkeit und Forderungen an den Gesetzgeber, in Beck-Gernsheim/Gaisbauer (Hrsg), Lebenspartnerschaft (2003) 33 (39-40); Deixler-Hübner, Die nichteheliche Partnerschaft, in Österreichische Notariatskammer (Hrsg), Freiheit Sicherheit Recht (2003) 163 (181), die allerdings darauf hinweist, dass eine für den Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft abgeschlossene Unterhaltsvereinbarung bei Auslegung als Vertragsstrafenregelung unzulässig wäre.

⁴⁷ Deixler-Hübner in Österreichische Notariatskammer 163 (178) auch zu den möglichen Gründen hierfür. Da das Zusammenleben in Lebensgemeinschaft anders als früher heute nicht mehr als sittenwidrig gilt, sind derartige Vereinbarungen insbesondere nicht wegen Sittenwidrigkeit unzulässig, vgl Deixler-Hübner in Beck-Gernsheim/Gaisbauer 33 (39-40); Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (14); Stabentheiner in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen⁴ (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 42 ABGB Rz 15; Stabentheiner, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Überblick, NZ 1995, 49 (59) mit Hinweis auf die früheren abw Meinungen in FN 111.

⁴⁸ F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 392.

⁴⁹ OGH 21.06.2006, 7 Ob 104/06d; Linder in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Ehe – und Partnerschaftsrecht¹ (2010) Kapitel 6 Teil B (Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Innenverhältnis) Rz 8; Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (15). Wohl zu weit gehend Verschraegen, „Samenleven Buiten Huwelijk“, „Cohabita-

Bei Unterhaltsleistung an den kinderbetreuenden Lebensgefährten ohne – ggf auch konkludente – Regelung für den Fall der Trennung ist nach den Regeln des Wegfalls einer „typischen Geschäftsgrundlage“ zu prüfen, ob und ggf inwieweit die Zusage auch für die Zeit nach Beendigung der Lebensgemeinschaft gilt, was nur bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte in Betracht kommt.⁵⁰ Auch wenn keine Gegenleistungen an den Unterhalt leistenden Partner vereinbart sind, ist eine Unterhaltszusage an den kinderbetreuenden Elternteil in aller Regel formfrei möglich, da der Annahme einer notariatsaktspflichtigen Schenkung meist die moralische Pflicht zu dessen finanzieller Unterstützung entgegensteht.⁵¹ Dennoch ist zur Erleichterung des Nachweises über den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen mE die Schriftform empfehlenswert.

Eltern, die in faktischer Lebensgemeinschaft mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben, können für den Fall der Trennung auch eine analoge Anwendung des den verschuldensunabhängigen nachehelichen Unterhalt wegen Kindesbetreuung regelnden § 68a Abs 1 EheG vereinbaren.⁵² Denn Lebensgefährten können – ua mangels Einhaltung der für eine Eheschließung vorgesehenen Formvorschriften – zwar nicht ihre Familienverhältnisse, nach den Grundätzen der Privatautonomie aber sehr wohl ihre vermögensrechtlichen Angelegenheiten entsprechend den ehelichen bzw nachehelichen Pflichten frei vertraglich regeln.⁵³

b. Deutschland

Auch in der deutschen Literatur werden Unterhaltsvereinbarungen meist im Zusammenhang mit faktischen Lebensgemeinschaften behandelt und für „gemeinschaftsbedingte Bedürfnislagen infolge der partnerschaftlichen Arbeitsteilung“⁵⁴ und hier insbesondere für den Fall der Trennung zugunsten desjenigen Lebenspartners empfohlen, der während bestehender Gemeinschaft im Einvernehmen mit dem Partner gemeinsame Kinder persönlich betreut und dadurch an eigener Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise gehindert ist.⁵⁵

tion“ oder die „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ in niederländischer, englischer und österreichischer Theorie und Praxis, ZfRV 1983, 85 (140), die eine konkludente Unterhaltsvereinbarung bei bestehender Lebensgemeinschaft bereits dann annimmt, wenn einer der Partner wegen Betreuung der daraus hervorgegangenen Kinder die eigene Erwerbstätigkeit aufgibt.

⁵⁰ OGH 21.06.2006, 7 Ob 104/06d; Linder in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) Kapitel 6 Teil B (Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Innenverhältnis) Rz 8.

⁵¹ Beclin, EF-Z 2007/3 (12 FN 28); Deixler-Hübner in Österreichische Notariatskammer 163 (181); Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (14–15) mit ausführlicher Erörterung der Frage, wann Unterhaltsvereinbarungen als formpflichtige Schenkungen zu qualifizieren sind.

⁵² VfGH 04.03.2011, G 184/10 und G 195/10; Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12); F. Bydlinki, System 390-392; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650.

⁵³ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12); Engel, Rechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (2. Teil), JRP 1994, 202 (208); Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014) Rz 1414; Meissel/Preslmayr, Die Abgeltung von Leistungen in der Lebensgemeinschaft, in Harrer/Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992) 515 (519).

⁵⁴ Wellenhofer in Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶ (2013) Nach § 1302 BGB Rz 37.

⁵⁵ Ua Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft⁴ (2006) § 24 Rz 11–16; Wellenhofer in Säcker/Rixecker/

Die Lebenspartner können damit den häufig nach einer Trennung auftretenden Streit um die Frage vermeiden, ob bzw wie lange und in welcher Höhe dem kinderbetreuenden Elternteil über den die ersten drei Lebensjahre des Kindes umfassenden Basisunterhaltszeitraum des § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB hinaus noch ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil zusteht.

Derartige Vereinbarungen sind nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) auszulegen, da es wegen ihrer generellen Ungewöhnlichkeit keinen üblicherweise anzunehmenden Inhalt gibt.⁵⁶

Da Unterhaltsvereinbarungen auch in Deutschland generell zulässig sind,⁵⁷ ist eine wirksame Unterhaltszusage an den betreuenden Elternteil auch dann möglich, wenn zwischen den Eltern des Kindes nie irgendeine Form der Partnerschaft bestanden hat. Allerdings wird dies ohne eigenen Vorteil für den sich zur Unterhaltszahlung verpflichtenden Elternteil, wie er sich durch gemeinsames Wirtschaften innerhalb einer Lebensgemeinschaft regelmäßig ergibt, mE wohl nur selten der Fall sein.

Anders als in Österreich wird in Deutschland ganz überwiegend keine sittliche Pflicht zur Gewährung von Unterhalt angenommen.⁵⁸ Trotzdem wird die im Hinblick auf künftige Kinderbetreuung an die Mutter erfolgende Unterhaltszusage auch bei fehlender Gegenleistungspflicht im Regelfall nicht als formpflichtige Schenkung (§§ 516 Abs 1, 518 Abs 1 Satz 1 BGB) beurteilt,⁵⁹ was der BGH damit begründet, es sei davon auszugehen, dass die Mutter die Kinderbetreuung ohnehin fortsetzen würde und damit keine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung iSv § 516 Abs 1 BGB vorliege.⁶⁰

Die Zusage von Unterhalt für die Zukunft ist auch konkludent durch Setzung eines entsprechenden Vertrauenstatbestands möglich⁶¹ und kann etwa in dem Fall der Verwirklichung eines gemeinsamen Kinderwunsches in einer langjährigen Lebensgemeinschaft auch für eine nach den Umständen des Einzelfalls zu ermittelnde Zeitdauer nach der Trennung anzunehmen sein, wenn sich die Partner darüber einig waren, dass ein Elternteil wegen der Betreuung des Kindes keiner Erwerbstätigkeit nachgeht und der andere Elternteil den Unterhalt der Familie bestreitet, was dann regelmäßig zu einer Verlängerung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs aus elternbezogenen Gründen iSv § 1615I Abs 2 Satz 5 BGB führt.⁶²

Oetker (Hrsg), MüKo (2013) Nach § 1302 BGB Rz 37; Burhoff/Willemsen, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft⁴ (2014) Rz 1358 und 1553.

⁵⁶ BGH II ZR 283/84, FamRZ 1986, 145.

⁵⁷ Wellenhofer in Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg), MüKo (2013) Nach § 1302 BGB Rz 37.

⁵⁸ Burhoff/Willemsen, Handbuch Rz 1357; Grziwotz, Ne LG § 24 Rz 19 mwN; aA im Zusammenhang mit dem Beamten bei Erfüllung einer gesetzlichen oder sittlichen Unterhaltspflicht für den Lebensgefährten zustehenden Ortszuschlag OVG Schleswig 3 L 143/91 NJW 1992, 258.

⁵⁹ BGH II ZR 283/84, FamRZ 1986, 145; OLG Köln 11 U 84/00, FamRZ 2001, 1608; Burhoff/Willemsen, Handbuch Rz 1559.

⁶⁰ BGH II ZR 283/84, FamRZ 1986, 145.

⁶¹ Wellenhofer in Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg), MüKo (2013) Nach § 1302 BGB Rz 38 mwN.

⁶² BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1367; zust Schilling); XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (889-890 Tz 26; zust Seiler); Wellenhofer in Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg), MüKo (2013) Nach § 1302 BGB Rz

Falls die Vereinbarung den gesetzlichen Betreuungsunterhalt gem § 1615I Abs 2 BGB betrifft, ist über § 1615I Abs 3 Satz 1 BGB die Vorschrift des § 1614 Abs 1 BGB zu beachten, wonach für „die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann“.⁶³

2. Konkurrenz mit gesetzlichen Unterhaltspflichten

Beim Aufeinandertreffen von vertraglich zugesagtem Unterhalt mit gesetzlichen Unterhaltspflichten des Unterhaltsschuldners stellt sich die Situation in Österreich und Deutschland wie folgt dar:

a. Österreich

aa. Reduzierung des jeweiligen Unterhaltsprozentsatzes bei konkurrierenden Sorgepflichten

In Österreich finden bei der – immer als Ermessensentscheidung erfolgenden⁶⁴ – Bemessung gesetzlich geschuldeten Unterhalts konkurrierende Sorgepflichten desselben Unterhaltspflichtigen unabhängig von einer bereits erfolgten Titulierung in der Weise Berücksichtigung, dass der für den jeweiligen Einzelfall ermittelte Unterhaltsprozentsatz, den der Unterhaltspflichtige aus seinem Nettoeinkommen an den Unterhaltsberechtigten zu entrichten hat, angemessen reduziert wird.⁶⁵

So ist etwa bei der Bemessung des nach § 231 ABGB geschuldeten Kindesunterhalts – für die aus Praktikabilitätsgründen und zur Gleichbehandlung vergleichbar gelagerter Fälle die von der Rechtsprechung entwickelten, nach dem Alter des Kindes abgestuften Prozentsätze⁶⁶ als „Orientierungshilfe“⁶⁷ dienen – eine konkurrierende Sorgepflicht für einen (geschiedenen) Ehepartner abhängig von dessen eigenem Einkommen idR mit einem Abzug von 0–3 Prozentpunkten zu berücksichtigen.⁶⁸

Demgegenüber wird beispielsweise bei der Bemessung des dem aktuellen Ehepartner nach § 94 ABGB geschuldeten Unterhalts der im jeweiligen Einzelfall ausgemittelte Unterhaltsprozentsatz in aller Regel – auch hier dienen die Prozentsätze wieder nur zur Orientierung, sodass im Einzelfall davon abgewichen werden kann⁶⁹ – für jedes unterhalts-

38.

⁶³ Schwab, Familienrecht²³ (2015) Rz 916.

⁶⁴ OGH 26.09.2007, 7 Ob 118/07i; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 535.

⁶⁵ OGH 22.02.2016, 10 Ob 110/15x; 23.05.2013, 4 Ob 49/13d; RIS-Justiz RS0047485; RIS-Justiz RS0053242; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 548 und 1288.

⁶⁶ Vor Berücksichtigung weiterer Unterhaltspflichten werden idR als Kindesunterhalt für den Altersbereich von 0 bis zu 6 Jahren 16 %, für den Altersbereich von 6 bis zu 10 Jahren 18 %, für den Altersbereich von 10 bis zu 15 Jahren 20 % und für den Altersbereich von über 15 Jahren 22 % der jeweiligen Unterhaltsbemessungsgrundlage als angemessen erachtet, OGH 22.08.1996, 1 Ob 2062/96h; 27.04.2004, 10 Ob 18/04a; 23.05.2013, 4 Ob 49/13d; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 551 mwN; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 231 ABGB Rz 22.

⁶⁷ OGH 23.05.2013, 4 Ob 49/13d; RIS-Justiz RS0047419.

⁶⁸ OGH 25.07.2000, 1 Ob 16/00k; RIS-Justiz RS0053242; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 555.

⁶⁹ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1288.

berechtigte Kind um 4 % und für jeden unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten um 3 % herabgesetzt.⁷⁰

bb. Keine Berücksichtigung rein freiwilliger Unterhaltsleistungen

Allerdings können sich nach ständiger Rechtsprechung des OGH nur konkurrierende gesetzliche⁷¹ Unterhaltspflichten zu Lasten anderer Unterhaltsberechtigter auswirken, nicht dagegen rein freiwillig ohne gesetzliche Grundlage vertraglich übernommene Unterhaltszahlungen oder rein faktisch erbrachte Unterstützungsleistungen.⁷²

Da in Österreich nach aktueller Rechtslage keine gesetzliche Unterhaltspflicht innerhalb nicht rechtlich formalisierter Partnerschaften besteht, gilt dies auch dann, wenn die freiwillige Unterhaltszahlung aus sittlicher Pflicht an die Lebensgefährtin erfolgt.⁷³

cc. Unterhaltszusagen bei bestehender gesetzlicher Unterhaltspflicht

Auch Unterhaltszusagen, die bei bestehender gesetzlicher Sorgspflicht erfolgen, dürfen bei der Bemessung des Dritten gesetzlich zustehenden Unterhalts nur insoweit berücksichtigt werden, als sie das gesetzlich maximal geschuldete Maß nicht überschreiten.⁷⁴

Ein großzügiger Maßstab gilt nur, wenn die Unterhaltsvereinbarung im Rahmen einer einvernehmlichen Scheidung bzw. einvernehmlichen Aufhebung einer eingetragenen Partnerschaft zustande kommt, da dann der vereinbarte Unterhalt, soweit er den gemeinsamen Lebensverhältnissen angemessen ist, nach § 69a Abs 1 iVm § 55a Abs 2 EheG bzw. § 21 Abs 2 Satz 1 iVm § 15 Abs 5 EPG einem gesetzlich geschuldeten Unterhalt gleichzuhalten ist.⁷⁵

Eine analoge Anwendung dieser Regelungen auf gleich- oder verschiedengeschlechtliche Partner, die mit einem gemeinsamen Kind in einer nicht rechtlich formalisierten Partnerschaft zusammengelebt haben und sich bei der Trennung auf eine Unterhaltszahlung für den Elternteil einigen, bei dem das Kind künftig leben soll, scheitert bereits an der für eine Gesetzesanalogie erforderlichen Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte,⁷⁶ da de lege lata keine gesetzliche Unterhaltspflicht zwischen Lebensgefährten besteht.⁷⁷ Zudem scheidet nach allgemeiner Ansicht generell eine analoge Anwendung eherecht-

⁷⁰ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1288 und 1303.

⁷¹ Eine Übersicht über die in Frage kommenden gesetzlichen Unterhaltsansprüche und deren gesetzliche Rangfolge ist zu finden in Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ (2016) 1 und 3.

⁷² OGH 25.11.1997, 1 Ob 122/97s; 30.06.1998, 1 Ob 70/98w; 22.02.2000, 1 Ob 217/99i. Deshalb scheidet auch entgegen der Ansicht von Engel, JRP 1994, 202 (208) nach zutr. Meinung von Stabentheiner, NZ 1995, 49 (59) die Sittenwidrigkeit einer Unterhaltsvereinbarung wegen Beschneidung von Unterhaltsansprüchen von Kindern und/oder des Ehegatten des freiwillig Unterhalt zusagenden Partners aus.

⁷³ OGH 12.03.1997, 6 Ob 77/97k; 18.11.1999, 2 Ob 319/99x; RIS-Justiz RIS-Justiz RS0106891.

⁷⁴ OGH RIS-Justiz RS0047392.

⁷⁵ OGH 25.11.1997, 1 Ob 122/97s.

⁷⁶ Vgl hierzu Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss Rz 109.

⁷⁷ OGH 18.11.1999, 2 Ob 319/99x; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1642.

licher Bestimmungen auf Lebensgefährten aus, da dies einer unzulässigen „Zwangsehe“ gleichkäme.⁷⁸

Freiwillig vertraglich zugesagter Unterhalt bzw freiwillig über den gesetzlich geschuldeten Unterhalt hinausgehende Mehrleistungsverpflichtungen gehen daher allein zu Lasten des Unterhaltspflichtigen⁷⁹ und sind somit – wenn mit den gesetzlichen Unterhaltspflichten seine im jeweiligen Einzelfall zu ermittelnde Belastungsgrenze⁸⁰ bereits erreicht ist – aus dem ihm zur Bestreitung seines eigenen Lebensbedarfs verbleibenden Teil seines Nettoeinkommens zu bedienen.

Bei späterer Änderung der Verhältnisse, zum Beispiel durch Hinzukommen neuer gesetzlicher Unterhaltspflichten, kommt eine Reduzierung oder eine Lösung von der vertraglichen Unterhaltszusage nur nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder durch ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, soweit die getroffene Vereinbarung hierfür Raum lässt.⁸¹

Über den 8-Wochen-Zeitraum des § 235 ABGB⁸² hinaus an den anderen Elternteil wegen Betreuung eines keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes erbrachte Unterstützungsleistungen sind daher für die Bemessung des zum Beispiel an das gemeinsame Kind oder einen (geschiedenen) Ehepartner zu entrichtenden Unterhalts irrelevant.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn sich aus anderen Vorschriften ein über den 8-Wochen-Zeitraum des § 235 ABGB hinausgehender gesetzlicher Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes ergeben würde, was in Kapitel 2 einer detaillierten Prüfung unterzogen werden soll.

b. Deutschland

aa. Möglichkeit des Vorwegabzugs anderweitiger Unterhaltsschulden gem § 1603 Abs 1 BGB

Anders als in Österreich⁸³ werden in Deutschland bei der Bemessung gesetzlich geschuldeten Unterhalts anderweitige Unterhaltspflichten in der Weise berücksichtigt, dass sie gem § 1603 Abs 1 BGB in der Höhe des jeweils geschuldeten Betrags als „sonstige Verpflichtung“ vorweg abgezogen werden, allerdings nur dann, wenn es sich dabei um gesetzliche Unterhaltspflichten iSv § 1609 Z 1 bis Z 7 BGB handelt und sie der konkurrierenden gesetzlichen Unterhaltspflicht nach der in § 1609 BGB angeordneten – grundsätzlich verbindlichen⁸⁴ – Rangfolge vorgehen.

⁷⁸ Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss Rz 1414; F. Bydliński, System 390.

⁷⁹ OGH 11.04.1991, 8 Ob 531/91.

⁸⁰ Vgl hierzu Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 85–87.

⁸¹ Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss 179–185.

⁸² Der seit der Reform durch das KindNamRÄG 2013 auf alle Mütter anwendbar ist unabhängig davon, in welchem Rechtsverhältnis sie zum anderen Elternteil stehen, vgl Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1644.

⁸³ Siehe hierzu Abschnitt II.2.a.aa. dieser Arbeit.

⁸⁴ Brudermüller in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁷³ (2014) § 1609 BGB Rz 4.

Nach § 1609 BGB gleichrangige Ansprüche werden im selben Verhältnis anteilig gekürzt, wenn der Unterhaltspflichtige nicht in der Lage ist, sie mit seinem – ggf um abzugsfähige Positionen wie zB Fahrtkosten zur Arbeit, anzuerkennende Altersvorsorgeaufwendungen und ggf vorrangige Unterhaltspflichten bereinigten – Nettoeinkommen in voller Höhe zu erfüllen.⁸⁵

bb. Verbindlichkeit der Rangfolge des § 1609 BGB

Über die in § 1609 Z 1 bis 7 BGB normierte gesetzliche Rangfolge von Unterhaltspflichten kann zwar vertraglich disponiert werden, allerdings nur, soweit dabei nicht vorrangige Rechte Dritter oder Regressansprüche des Sozialleistungsträgers beeinträchtigt werden, wobei keinesfalls gegen Verzichtverbote wie zB § 1615I Abs 3 Satz 1 BGB iVm § 1614 Abs 1 BGB analog (Unterhalt nicht verheirateter Elternteile) oder § 1361 IV BGB (Ehegattentrennungsunterhalt) verstoßen werden darf.⁸⁶

Da die Unterhaltsansprüche minderjähriger unverheirateter und volljähriger privilegierter Kinder iSv § 1603 Abs 2 Satz 2 BGB⁸⁷ nach § 1609 Z 1 BGB absoluten Vorrang gegenüber sonstigen Unterhaltsberechtigten genießen,⁸⁸ sind bei deren Bemessung – bei der die „Düsseldorfer Tabelle“⁸⁹ als Richtschnur dient – an den sie betreuenden Elternteil erbrachte Unterstützungsleistungen, die in der gesetzlichen Rangfolge mindestens eine Stufe niedriger in § 1609 Z 2 BGB einzuordnen sind, in keinem Fall als Abzugsposten zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob diese auf Grund von Gesetz oder Vertrag geschuldet sind oder schlicht faktisch erbracht werden.

Auch bei der Bemessung der weiteren Unterhaltspflichten iSv § 1609 BGB (ua gegenüber (geschiedenen) Ehegatten, kinderbetreuenden Elternteilen gemeinsamer Kinder, Enkelkindern und Eltern) kann ein Unterhaltsschuldner rein freiwillig zugesagte oder faktisch an den anderen Elternteil seines Kindes⁹⁰ erbrachte Unterstützungsleistungen grundsätzlich nicht gem § 1603 Abs 1 BGB als sonstige Verbindlichkeit vorweg abziehen. Andernfalls würde der in § 1609 BGB zum Ausdruck kommende Vorrang⁹¹ der gesetzlichen Unterhaltsansprüche verletzt.

⁸⁵ Sogenannter Mangelfall, vgl die Erläuterungen unter Teil C. der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁸⁶ Brudermüller in Palandt (2014) § 1609 BGB Rz 4.

⁸⁷ Dh noch die allgemeine Schulausbildung durchlaufende und bei einem Elternteil lebende Kinder bis zum Alter von 21 Jahren.

⁸⁸ Brudermüller in Palandt (2014) § 1609 BGB Rz 10.

⁸⁹ Diese wird idR zu Beginn eines Jahres aktualisiert und enthält ua nach Altersgruppen der Kinder und Einkommensstufen des Unterhaltspflichtigen gestaffelte Unterhaltsbeträge, abrufbar unter Duesseldorfer-Tabelle.pdf, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁹⁰ Unabhängig davon, ob dieses ehelich oder nichtehelich ist.

⁹¹ Brudermüller in Palandt (2014) § 1609 BGB Rz 3.

cc. Unterhaltsvereinbarung bei bestehender gesetzlicher Unterhaltspflicht

Allerdings ist eine Unterhaltsvereinbarung bei bestehender gesetzlicher Unterhaltspflicht im Zweifel als deren konkretisierende Ausgestaltung und nicht als Neubegründung zu werten.⁹²

Daher kann der an den Elternteil eines nichtehelichen Kindes wegen dessen Betreuung vertraglich zugesagte oder faktisch geleistete Unterhalt dann bei der Bemessung von Unterhaltspflichten iSv § 1609 Z 2 bis Z 7 BGB berücksichtigungsfähig sein, wenn dieser als Erfüllung der in § 1615I Abs 2 Satz 3 – 5 BGB normierten gesetzlichen Unterhaltspflicht zu werten und damit gegenüber der konkurrierenden Unterhaltspflicht gleichrangig (§ 1609 Z 2 BGB) oder höherrangig (§ 1609 Z 3 bis Z 7 BGB) ist.⁹³

In diesem Zusammenhang ist ein vom BGH durch Beschluss vom 09.03.2016⁹⁴ entschiedener Fall erwähnenswert, in dem ein vom Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht auf Elternunterhalt in Anspruch genommener Sohn seiner Lebensgefährtin aufgrund einvernehmlich vereinbarter und gelebter Rollenverteilung über den Drei-Jahres-Zeitraum des § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB hinaus Unterhalt wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes gewährte.

Bei unverheiratetem Zusammenleben kann zwar – da sich hieraus de lege lata keine gesetzlichen Unterhaltspflichten ergeben⁹⁵ – nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein Wille zur Übernahme wechselseitiger Verantwortung angenommen werden.⁹⁶ Nach der Rechtsprechung des BGH ist aber nunmehr bei nichtehelichen Lebensgefährten dann „auf einen ‚gegenseitigen Einstandswillen‘, wie ihn auch Eheleute durch die Eheschließung dokumentieren“⁹⁷ zu schließen, wenn innerhalb einer faktischen Lebensgemeinschaft eine einvernehmliche „Rollenverteilung“⁹⁸ in der Form vereinbart und gelebt wird, dass ein Partner die persönliche Betreuung eines gemeinsamen Kindes ganz oder zum Teil übernimmt und er aufgrund der dadurch fehlenden oder eingeschränkten Erwerbsfähigkeit vom anderen Partner finanziell unterstützt wird.⁹⁹

In diesem Fall liegt dann eine gegenüber dem Elternunterhalt vorrangige (vgl § 1609 Z 2 BGB versus § 1609 Z 6 BGB) Unterhaltspflicht vor, die als sonstige Verpflichtung iSv § 1603 Abs 1 BGB zu berücksichtigen ist und die Leistungsfähigkeit des Sohnes mindert,

⁹² Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 8⁶ (2012) § 1609 BGB Rz 25.

⁹³ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1609 BGB Rz 25.

⁹⁴ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (zust Seiler). Es handelt sich hierbei um eine Grundsatzentscheidung des BGH, die in zahlreichen Fachzeitschriften veröffentlicht und besprochen wurde, ua XII ZB 693/14, JZ 2016, 957 (Löhnig/Plettenberg) – vgl Abschnitt IV.1.b. dieser Arbeit – und Löhnig, Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen im Rahmen einer faktischen Lebensgemeinschaft, JA 2016, 466 – siehe hierzu im Folgenden (FN 97 und 99).

⁹⁵ Siehe hierzu Abschnitt IV.1.a. dieser Arbeit.

⁹⁶ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 26; zust Seiler).

⁹⁷ Löhnig, JA 2016, 466 (467).

⁹⁸ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 26; zust Seiler).

⁹⁹ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 26; zust Seiler); Löhnig, JA 2016, 466 (467).

soweit der Lebensgefährtin aufgrund der betreuungsbedingten Erwerbsminderung unter Berücksichtigung eigenen Einkommens gegen ihn ein Unterhaltsanspruch zusteht.¹⁰⁰

Ohne die gesetzliche Unterhaltsregelung in § 1615l Abs 2 Satz 5 BGB, der die zwischen den Lebenspartnern getroffene Vereinbarung über das Wort „insbesondere“ in § 1615l Abs 2 Satz 5 BGB als partnerschaftsbezogener Verlängerungsgrund zugeordnet werden kann, wäre die an die Lebensgefährtin erfolgte Zahlung demgegenüber in jedem Fall irrelevant für die Bemessung der Leistungsfähigkeit iSv § 1603 BGB.¹⁰¹

Falls eine rein freiwillige Unterhaltszusage ohne zugrunde liegende gesetzliche Unterhaltspflicht erfolgt, und später, zum Beispiel durch Geburt eines Kindes eine gesetzliche Unterhaltspflicht neu hinzu kommt, ist zu prüfen, ob nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Reduzierung oder eine Aufhebung der vertraglichen Unterhaltspflicht möglich ist.¹⁰² Andernfalls hat der Unterhaltspflichtige diese aus seinem Selbstbehalt¹⁰³ zu bedienen.

3. Kein Schadenersatzanspruch gegen Drittschädiger bei Tötung des Unterhaltspflichtigen

Wenn der Unterhaltsschuldner durch Fremdverschulden zu Tode kommt, scheidet nach aktueller Rechtslage in Deutschland und Österreich gleichermaßen ein Regress gegen den Drittschädiger wegen Entgangs vertraglich geschuldeten Unterhalts aus.

a. Österreich

Für Österreich folgt dies aus § 1327 ABGB, der in Fällen, in denen aus einer körperlichen Verletzung der Tod erfolgt, einen Schadenersatzanspruch wegen entgangenen Unterhalts nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur denjenigen Hinterbliebenen zubilligt, die dem Getöteten gegenüber gesetzlich unterhaltsberechtigt waren.

Ersatzfähig iSv § 1327 ABGB ist der vom Getöteten tatsächlich gewährte Unterhalt, auch wenn dieser großzügig bemessen ist und den gesetzlichen Unterhalt übersteigt, sofern er zum gesetzlich geschuldeten Maß jedenfalls nicht völlig außer Verhältnis steht und etwaige freiwillig gewährte Zusatzleistungen ebenfalls unterhaltsrechtlicher Natur sind.¹⁰⁴

¹⁰⁰ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (1. Leitsatz und 889 Tz 20; zust Seiler). Der Rechtsstreit wurde vom BGH in der Sache nicht entschieden, sondern zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückverwiesen.

¹⁰¹ Löhnig, NJW 2016, 1487 (1487 und 1489).

¹⁰² Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1609 BGB Rz 25.

¹⁰³ Dieser beträgt derzeit zB gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern für einen erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen idR 1 080 EUR monatlich und für einen nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen 880 EUR monatlich, jeweils inkl bis zu 380 EUR Warmmiete, vgl Teil A, Z 5 der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017)

¹⁰⁴ OGH 25.11.2008, 1 Ob 66/08z; RIS-Justiz RS0031410; Huber in Schwimann (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar³ (2015) § 1327 ABGB Rz 5.

Unterstützungsleistungen, auf die nur ein vertraglicher Anspruch gegen den Getöteten besteht, sind dagegen vom Schädiger nach § 1327 ABGB nicht zu ersetzen.¹⁰⁵ Erst recht gilt dies für rein faktische Unterhaltsbeiträge, wie sie häufig ohne ausdrückliche Vereinbarung innerhalb einer Lebensgemeinschaft erbracht werden,¹⁰⁶ und zwar auch dann, wenn der Getötete mit seiner Lebensgefährtin verlobt war.¹⁰⁷

Die von Koziol¹⁰⁸ vertretene Ansicht, die in § 1327 ABGB enthaltene Formulierung „nach dem Gesetze“ sei ebenso wie in § 1042 ABGB weit dahingehend auszulegen, dass davon sämtliche gesetzlich anerkannten Verpflichtungen und damit auch vertragliche Unterhaltszusagen umfasst seien, wird vom OGH¹⁰⁹ zu Recht als mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar abgelehnt.

Von mehreren Seiten unterbreitete Vorschläge, den Anwendungsbereich von § 1327 ABGB – der einen Schadenersatzanspruch und keinen Unterhaltsanspruch regelt¹¹⁰ – auch auf Fälle auszuweiten, in denen durch Fremdverschulden ein nichtehelicher Lebenspartner zu Tode kommt, der dem anderen faktisch oder aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung Unterhaltsleistungen erbracht hat,¹¹¹ wurden seitens des Gesetzgebers bisher nicht umgesetzt.

b. Deutschland

Eine fast inhaltsgleiche Regelung existiert in Deutschland in § 844 Abs 2 BGB.¹¹²

§ 844 Abs 2 BGB gewährt im Fall der verletzungsbedingten Tötung denjenigen Personen einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger wegen tötungsbedingt entzogenen Unterhaltsrechts, denen gegenüber der Getötete zur Zeit der Verletzung gesetzlich unterhaltspflichtig war oder werden konnte, wobei die Ersatzpflicht nach § 844 Abs 2 Satz 2 BGB auch dann besteht, wenn der Unterhaltsberechtigte zur Zeit der Verletzung noch nicht geboren, aber bereits gezeugt war.

¹⁰⁵ OGH 26.04.1991, 2 Ob 12/91; RIS-Justiz RS0031391; Huber in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 1327 ABGB Rz 2; Stabentheiner, NZ 1995, 49 (60).

¹⁰⁶ OGH 16.12.1992, 2 Ob 64/92; 29.08.2002, 8 Ob 127/02p; Reischauer in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (Stand 1.1.2004, rdb.at) § 1327 ABGB Rz 16; Stabentheiner, NZ 1995, 49 (60).

¹⁰⁷ OGH 03.06.1931, 2 Ob 554/31; RIS-Justiz RS0031792.

¹⁰⁸ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Band II. Besonderer Teil² (1984) 152–153.

¹⁰⁹ OGH 26.04.1991, 2 Ob 12/91; ebenso Reischauer in Rummel (Hrsg), Kommentar (Stand 1.1.2004, rdb.at) § 1327 ABGB Rz 16.

¹¹⁰ Huber in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 1327 ABGB Rz 3.

¹¹¹ zB Ferrari, Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben in Österreich, in Kroppenberg (Hrsg), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben (2009) 167 (185); Fischer-Czermak/Beclin, Reformvorschläge für nichteheliche Lebensgemeinschaften, iFamZ 2012, 188 (190); Kathrein, Haftung für Körper-, Freiheits- und Ehrverletzungen, für Sachbeschädigungen und für mangelhafte Wege, in Griss/Kathrein/Koziol/Apathy (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 95 (97 und 99).

¹¹² Für die Gefährdungshaftung außerhalb des BGB existieren diverse spezialgesetzliche Regelungen mit weitgehend identischen Wortlauten wie zB §§ 10 Abs 2 Straßenverkehrsgesetz (StVG), 5 Abs 2 Haftpflichtgesetz (HaftpflG), § 35 Abs 2 Luftverkehrsgesetz (LuftVG).

Durch die Tötung entzogen und damit nach § 844 Abs 2 BGB – für den Zeitraum der vermuteten (Fort-)Dauer und nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Beitreibbarkeit der Unterhaltspflicht, zeitlich begrenzt durch die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten¹¹³ – ersatzfähig ist ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch dann, wenn er, wie es der Regelfall ist, gem § 1615 Abs 1 BGB mit dem Tod des Unterhaltspflichtigen erlischt.¹¹⁴ Wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, wie es unter anderem § 1615l Abs 3 Satz 4 BGB für die Unterhaltsansprüche nicht miteinander verheirateter Eltern vorsieht, kann sich noch ergänzend ein Schadensersatzanspruch aus § 844 Abs 2 BGB ergeben, soweit von den Erben des Elternteils, auf die dessen Unterhaltspflicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB übergeht, aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nachweislich nicht der volle Unterhalt beigesteuert werden kann.¹¹⁵

Da sich die Ersatzpflicht des Drittschädigers nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 844 Abs 2 BGB nur auf gesetzliche Unterhaltspflichten erstreckt, scheiden Schadensersatzansprüche von Personen aus, denen der Getötete ohne gesetzliche Verpflichtung auf vertraglicher Basis oder ohne irgendeine bestehende Verpflichtung freiwillig Unterhalt gewährt hat.¹¹⁶

Auch Unterstützungsleistungen, die freiwillig über den – zB nach § 1615l Abs 1 und 2 BGB – gesetzlich geschuldeten Unterhalt hinausgehen, sind nach § 844 Abs 2 BGB nicht ersatzfähig.¹¹⁷

Da in Deutschland ebenso wie in Österreich nach aktueller Rechtslage keine gesetzliche Unterhaltspflicht zwischen Lebensgefährten existiert,¹¹⁸ besteht nach § 844 Abs 2 BGB auch kein Schadensersatzanspruch für die in einer Lebensgemeinschaft erbrachten Unterstützungsleistungen, die dem überlebenden Partner durch die drittverschuldete Tötung seines Partners entgehen.¹¹⁹ Etwas anderes gilt auch nicht, wenn die Hinterbliebene mit dem getöteten Partner verlobt war, da sich allein aus einem Verlöbnis dem Grunde nach noch kein Unterhaltsanspruch ergibt.¹²⁰

Die Regelung des § 844 Abs 2 BGB verstößt nicht gegen Art 8 und Art 14 EMRK.¹²¹

¹¹³ Münkel in Haag (Hrsg), Geigel Der Haftpflichtprozess²⁶ (2011) Kapitel 8 Rz 24 und 29; Sprau in Palandt (2014) § 844 BGB Rz 7.

¹¹⁴ Münkel in Haag (Hrsg), Geigel (2011) Kapitel 8 Rz 23; Sprau in Palandt (2014) § 844 BGB Rz 5-7.

¹¹⁵ Münkel in Haag (Hrsg), Geigel (2011) Kapitel 8 Rz 23.

¹¹⁶ BGH 25.04.2006, VI ZR 114/05; Münkel in Haag (Hrsg), Geigel (2011) Kapitel 8 Rz 21; Sprau in Palandt (2014) § 844 BGB Rz 5 und 6.

¹¹⁷ BGH 25.04.2006, VI ZR 114/05.

¹¹⁸ OLG München IVb ZR 523/80, FamRZ 1980, 879; Burhoff/Willemsen, Handbuch Rz 1355; Münkel in Haag (Hrsg), Geigel (2011) Kapitel 8 Rz 21.

¹¹⁹ OLG Frankfurt 7 U 267/82 VersR 1984, 449; OLG München 1 U 4719/77, VersR 1979, 1066; Hausmann/Hohloch, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Handbuch² (2004) Rz 115; Münkel in Haag (Hrsg), Geigel (2011) Kapitel 8 Rz 21.

¹²⁰ OLG Frankfurt 7 U 267/82 VersR 1984, 449; Münkel in Haag (Hrsg), Geigel (2011) Kapitel 8 Rz 22.

¹²¹ EGMR 23.02.2010, 1289/09 (juris), Hofmann gegen Deutschland; Wellenhofer in Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg), MüKo (2013) Nach § 1302 BGB Rz 32.

Es gibt zwar auch in Deutschland mE zu Recht Reformanregungen dahingehend, den Ersatzanspruch nach § 844 Abs 2 BGB auf den Wegfall auf vertraglicher Grundlage gewährten oder faktisch bezogenen Unterhalts zu erstrecken,¹²² die der Gesetzgeber aber bisher leider nicht aufgegriffen hat.

4. Zusammenfassung zu II.

Vertragliche Zusagen von Unterhalt sind zwar in Österreich und Deutschland gleichermaßen zulässig, bieten aber insbesondere¹²³ im Bereich der Konkurrenz mit gesetzlichen Unterhaltsansprüchen und im Falle der drittverschuldeten Tötung des Unterhaltspflichtigen weniger Schutz für den Unterhaltsberechtigten als gesetzliche Unterhaltsansprüche, die mE auch den weiteren Vorteil bieten, dass ihre Begründung nicht vom Wohlwollen des Unterhaltspflichtigen abhängt.

Im nächsten Kapitel wird daher geprüft, ob bzw inwieweit in Österreich bereits de lege lata ein Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes besteht.

¹²² zB Dethloff, Familienrecht. Ein Studienbuch³⁰ (2012) § 8 Rz 36 mwN; Wellenhofer in Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg), MüKo (2013) Nach § 1302 BGB Rz 32 mwN.

¹²³ Auch im Bereich der Pfändung gelten in Österreich und Deutschland gleichermaßen Privilegien wie die Reduzierung des Pfändungsfreibetrags des Schuldners nur für gesetzliche Unterhaltsansprüche, vgl § 291b EO und § 850d ZPO.

III. GESETZLICHE REGELUNG DES UNTERHALTS WEGEN BETREUUNG NICHTHELICHER KINDER IN ÖSTERREICH DE LEGE LATA

1. Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung unabhängig von einer – formalisier- ten oder nicht formalisierten – Partnerschaft der Eltern

Zunächst soll geprüft werden, inwieweit in Österreich nach aktueller Rechtslage unab-
hängig von einer – formalisierten oder nicht formalisierten – Partnerschaft der Kindsel-
tern ein Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes besteht.

a. Anspruch auf Grundlage von § 235 ABGB

In Österreich ist nach aktueller Rechtslage § 235 ABGB die einzige Norm, aus deren un-
mittelbarer Anwendung einer Mutter ein Unterhaltsanspruch gegen den Kindsvater un-
abhängig davon zusteht, ob sie mit diesem in einer – formalisierten oder nichtformali-
sierten – Partnerschaft lebt oder gelebt hat.

aa. Entwicklung der Vorschrift und Normzweck

Durch das „Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 – KindNamRÄG
2013“¹²⁴ wurden mit Wirkung zum 01.02.2013¹²⁵ die Ansprüche im Zusammenhang mit
der Geburt, die zuletzt als § 168 ABGB aF im Abstammungsrecht geregelt waren, in
§ 235 ABGB im Anschluss an die Regelungen zum Kindesunterhalt, §§ 231 ff ABGB,
verlagert. Außerdem wurde die Dauer des Unterhaltsanspruchs nach Abs 1 – ohne Be-
gründung von Seiten des Gesetzgebers¹²⁶ – von bisher sechs auf acht Wochen verlängert.
Ansonsten ist der Wortlaut von § 235 ABGB identisch mit dem durch § 10 der 1. Teil-
novelle vom 12.10.1914¹²⁷ ins ABGB eingefügten § 167 aF, dessen Regelungsgehalt durch
das KindRÄG 1989¹²⁸ in § 168 ABGB aF verschoben worden war.¹²⁹ Daher kann auf die
Rechtsprechung und Literatur zu den früheren Fassungen der Vorschrift zurückgegrif-
fen werden.¹³⁰

¹²⁴ BGBl I 2013/15.

¹²⁵ § 1503 Abs 1 Z 1 ABGB.

¹²⁶ Gitschthaler, Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht, in Gitschthaler (Hrsg), Kindschafts – und Namen-
rechts-Änderungsgesetz 2013 (2013) 257 (273). Den ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 33 ist vielmehr zu
entnehmen, § 235 ABGB sei gegenüber § 168 ABGB aF unverändert, vgl auch Deixler-Hübner in Deix-
ler-Hübner/Fucik/M. Huber, Das neue Kindschaftsrecht. Systematische Kurzeinführung; Gesetzestext
sämtlicher personen-, kindschafts – und sachwalterrechtlichen Bestimmungen in ABGB, AußStrG und
Nebengesetzen mit den Materialien (ErläutRV und des AB) zum KindNamRÄG; Kommentierung mit
Fokus auf inhaltlich neu gefassten Texten; Übereinstimmungstabelle; [KindNamRÄG 2013: kompakt
und komplett – mit Kommentar!] (2013) 118.

¹²⁷ RGBl 1914/276.

¹²⁸ BGBl 1989/162 (Art 1 Z 14 leg cit).

¹²⁹ Vgl hierzu Stabenheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) Vor §§
231 – 235 ABGB Rz 1.

¹³⁰ In diesem Sinne ist wohl auch die Anm von Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1644 zu verstehen, auch

§ 235 ABGB dient nur vordergründig dem Schutz der Mutter, eigentlich aber dem Schutz des Lebens des neugeborenen Kindes und stellt daher eine privatrechtliche Jugendfürsorgebestimmung dar.¹³¹ Dies folgt nunmehr auch daraus, dass die Regelung mit dem KindNamRÄG 2013 in die Vorschriften zum Kindesunterhalt, §§ 231 ff ABGB, verlagert wurde.

bb. Gläubiger und Schuldner iSv § 235 Abs 1 ABGB

[1]. Gläubiger der Ansprüche nach § 235 Abs 1 ABGB

Durch die Herausnahme der Vorschrift aus dem Abstammungsrecht, in dem diese nach Ansicht von Deixler-Hübner¹³² vorher aufgrund ihres Regelungsgehalts systematisch besser passend verortet war, sind anspruchsberechtigt nach § 235 Abs 1 ABGB nunmehr alle Mütter iSv § 143 ABGB,¹³³ also sowohl Mütter, deren Kind keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft mit dem anderen Elternteil entstammt, als auch Mütter, die mit dem Vater des Kindes verheiratet sind oder waren oder die mit dem anderen Elternteil in eingetragener Partnerschaft leben oder gelebt haben.

[2]. Schuldner der Ansprüche nach § 235 Abs 1 ABGB

[a]. Vater des Kindes iSv § 144 Abs 1 Z 1 – 3 ABGB

Schuldner des Unterhaltsanspruchs nach § 235 Abs 1 ABGB ist der Vater iSv § 144 Abs 1 Z 1 – 3 ABGB, dh „der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt“ verheiratete oder als ihr Ehemann „nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes“ verstorbene Mann (Z 1 leg cit), der Mann, der die Vaterschaft gem §§ 145 ff ABGB anerkannt hat (Z 2 leg cit), oder der gem §§ 148 ff ABGB gerichtlich als Vater festgestellte Mann (Z 3 leg cit).

[b]. Analoge Anwendung auf zweiten weiblichen Elternteil iSv § 144 Abs 2 Z 1 – 3 ABGB bei fortpflanzungsmedizinisch unterstützter Schwangerschaft

Das „Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015“¹³⁴ hat für Fälle, in denen eine Schwangerschaft im relevanten Zeitraum¹³⁵ durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung herbeigeführt wurde, die Möglichkeit einer „originären“ gemeinsamen Elternschaft von eingetragenen Partnerinnen dadurch geschaffen, dass gem § 144 Abs 2 Z 1 ABGB neben der Mutter (§ 143 ABGB)¹³⁶ sofort ab Geburt deren eingetragene

wenn darin nur auf die Fortgeltung der zu § 168 aF ergangenen Rechtsprechung verwiesen wird.

¹³¹ Beitner, Der Anspruch nach § 167 ABGB, JBl 1955, 106. Die ua von Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 1 unter Bezugnahme auf Beitner, JBl 1955, 106 verwendete verkürzte Bezeichnung der Norm als „privatrechtliche Mutterschutzbestimmung“ ist insoweit nicht ganz zutreffend.

¹³² Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, KindschR 115 und 118.

¹³³ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1644; Gitschthaler, Neuerungen, in Gitschthaler, KindNamRÄG 257 (273).

¹³⁴ BGBl I 2015/35.

¹³⁵ Dh zwischen 300 und 180 Tagen vor der Geburt (§ 144 Abs 2 ABGB).

¹³⁶ Der Begriff „Mutter“ ist nach § 143 ABGB der „Frau [vorbehalten], die das Kind geboren hat“.

ne Partnerin oder die als deren eingetragene Partnerin maximal 300 Tage vor der Geburt verstorbene Frau zweiter Elternteil des Kindes ist.

In den Fällen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung innerhalb einer nicht eingetragenen Lebenspartnerschaft von Frauen entsteht die Elternschaft der Lebensgefährtin der Mutter durch Anerkenntnis (§ 144 Abs 2 Z 2 iVm § 145 ABGB) oder durch gerichtliche Feststellung. Hierbei gilt gem § 148 Abs 3 ABGB, der über § 144 Abs 2 Z 3, Abs 3 Satz 1 ABGB anwendbar ist, die widerlegbare gesetzliche Vermutung, dass das Kind durch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung – die gem §§ 2 Abs 1 und 8 FMedG nur mit Zustimmung der Lebensgefährtin in Form eines Notariatsakts zulässig ist – gezeugt wurde.

Da eine Feststellung des Samenspenders als Vater nach § 148 Abs 4 Satz 1 ABGB in Österreich¹³⁷ grundsätzlich¹³⁸ ausgeschlossen ist,¹³⁹ gibt es bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung von Frauen-Paaren keinen Mann, von dem die Mutter den ihr nach § 235 Abs 1 ABGB zustehenden Unterhalt verlangen könnte.

Da aber nach § 144 Abs 3 Satz 1 ABGB auf die Frau, deren Elternschaft sich aus § 144 Abs 2 ABGB ergibt,¹⁴⁰ die „auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmenden Bestimmungen in diesem Gesetz [...] sinngemäß anzuwenden“ sind, ist in derartigen Fällen entsprechend § 235 Abs 1 ABGB die Lebensgefährtin bzw eingetragene Lebenspartnerin der Mutter Schuldnerin des darin normierten Unterhalts.

cc. Umfang des Unterhaltsanspruchs und praktische Bedeutung der Norm

Der sich nunmehr auf die ersten acht Wochen nach der Geburt erstreckende Unterhaltsanspruch nach § 235 Abs 1 ABGB richtet sich nach den Lebensverhältnissen der

¹³⁷ Anders in Deutschland, wo ein Samenspender nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich als unterhaltspflichtiger Vater festgestellt werden kann, da es dort bisher kein Fortpflanzungsmedizingesetz gibt, das dies wie in Österreich ausschließt, sondern der Zugang zur Reproduktionsmedizin lediglich dem ärztlichen Standesrecht und den Richtlinien der Krankenkassen unterliegt, vgl Wersig, Deutschland braucht ein Fortpflanzungsmedizingesetz, gwi-boell.de/de/2016/02/11/deutschland-braucht-ein-fortpflanzungsmedizingesetz (abgefragt am 25. 6. 2017).

¹³⁸ Eine Umgehung von § 148 Abs 4 ABGB durch private Vereinbarungen ist zwar in keine Richtung zulässig, aber in Fällen, in denen das Kind sonst keinen rechtlichen Vater hätte, soll ausnahmsweise ein Vaterschaftsanerkenntnis zulässig sein vgl Nademleinsky in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 148 ABGB Rz 6.

¹³⁹ Anders bei „privaten“ Samenspenden außerhalb des FMedG, bei denen der Spender nicht gem § 148 Abs 4 Satz 2 ABGB „seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht selbst als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden“ und damit nicht den Schutz von § 148 Abs 4 Satz 1 ABGB genießt, vgl Nademleinsky in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 148 ABGB Rz 6.

¹⁴⁰ Nademleinsky in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 144 ABGB Rz 4.

Mutter¹⁴¹ und ist nach allgemeinen Grundsätzen der Höhe nach begrenzt durch die Leistungsfähigkeit des Vaters¹⁴² bzw des zweiten weiblichen Elternteils.¹⁴³

Der Unterhaltsanspruch nach § 235 Abs 1 ABGB setzt zwar keine fehlende Selbsterhaltungsfähigkeit der Mutter voraus.¹⁴⁴ Allerdings muss sie sich den ihr in aller Regel in unterhaltsdeckender Höhe zustehenden Anspruch auf nachgeburtliches Wochenlohn, mit dem die Dauer des Unterhalts nach § 235 Abs 1 ABGB nunmehr entsprechend dem mutmaßlichen gesetzgeberischen Willen im Regelfall gleichläuft,¹⁴⁵ oder andere Leistungen des Sozial(versicherungs)systems ungeachtet der tatsächlichen Inanspruchnahme anrechnen lassen,¹⁴⁶ sodass § 235 ABGB – zumindest als direkte Anspruchsnorm – keine nennenswerte Bedeutung mehr hat.¹⁴⁷

Offenbar spielt die Vorschrift jedoch weiterhin eine Rolle für Regressansprüche der Sozialleistungsträger, da mit dieser Begründung bereits im Zuge des Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes 1989 von einer zunächst beabsichtigten¹⁴⁸ Aufhebung der damals noch in § 167 ABGB aF verorteten Regelung abgesehen worden war.¹⁴⁹

Da die Vorschrift ausdrücklich nur den Unterhaltsanspruch der Mutter für einen beschränkten Zeitraum unmittelbar nach der Geburt des Kindes regelt und damit als Ausnahmeregelung anzusehen ist, ist sie „einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich“,¹⁵⁰ sodass daraus kein allgemeiner – über den normierten Anspruchszeit-

¹⁴¹ OGH 3 Ob 77/36 SZ 18/31; Pichler in Fenyves/Welser (Hrsg), ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht³ (2000) § 168 ABGB Rz 3; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 4; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 235 ABGB Rz 4.

¹⁴² OGH 3 Ob 77/36 SZ 18/31; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 4; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 235 ABGB Rz 4. Die aA von Beitner, JBl 1955, 106 f ist nach zutreffender Ansicht von Pichler in Fenyves/Welser (Hrsg), ABGB (2000) § 168 ABGB Rz 3 FN 10 inzwischen überholt, da durch zwischenzeitliche Gesetzesänderungen nunmehr ua in § 94 ABGB u § 140 ABGB aF (dem jetzigen § 231 ABGB) die Maßgeblichkeit (auch) der väterlichen Lebensverhältnisse eingeführt wurde.

¹⁴³ Siehe hierzu Abschnitt III.1.a.bb.[2].[b]. dieser Arbeit.

¹⁴⁴ OGH 1 Ob 329/52 SZ 25/145; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 4; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 235 ABGB Rz 4.

¹⁴⁵ Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, KindschR 118.

¹⁴⁶ OGH 6 Ob 317/69 SZ 43/2; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 235 ABGB Rz 2; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 3.

¹⁴⁷ Aichhorn/Marschall, Die Rolle der Frau im ABGB: § 137b ABGB und seine ungewollten Folgen, Überlegungen für eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation von Müttern und Vätern unehelicher Kinder, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 200 Jahre ABGB (2012) 222 (230); Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, KindschR 118; Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (15); Linder in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) Kapitel 6 Teil B (Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Innenverhältnis) Rz 5; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 1; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 235 ABGB Rz 2.

¹⁴⁸ RV 172 BlgNR XVII. GP 16.

¹⁴⁹ JAB 887 BlgNR XVII. GP 6; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 1.

¹⁵⁰ OGH 7 Ob 100/55 SZ 28/97; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 1; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (15-16).

raum hinausgehender – nachgeburtlicher Unterhaltsanspruch ableitbar ist.¹⁵¹ Auch Verdienstentgang ist nach § 235 Abs 1 ABGB¹⁵² nicht ersatzfähig.¹⁵³

Interessant ist der Hinweis von Meissel¹⁵⁴ darauf, dass zumindest nach der Rechtsansicht von Zeiller¹⁵⁵ aufgrund dessen weiter Auslegung des Begriffs der „Verpflegungskosten“ iSv § 168 2. HS ABGB in der Urfassung des ABGB aus dem Jahre 1811 der Kindsvater der Mutter eines unehelichen Kindes, solange sie dieses selbst betreuen wollte, neben dem Kindesunterhalt auch ihren eigenen Unterhalt zu ersetzen hatte.

b. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich für Verdienstausfall gem § 1042 iVm § 231 ABGB?

Nach Ansicht von Beclin¹⁵⁶ hat der das nichteheliche Kind in dessen ersten drei Lebensjahren persönlich betreuende Elternteil wegen des ihm hierdurch entstehenden Verdienstausfalls gem § 1042 iVm 140 ABGB aF (dem aktuellen § 231 ABGB¹⁵⁷) einen anteiligen Regressanspruch gegen den anderen Elternteil, und zwar unabhängig davon, ob er mit diesem in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenlebt. Da ein Kind im Regelfall erst im Alter von drei Jahren über ausreichende Sozialkompetenz verfüge, um von einem Kindergartenbesuch profitieren zu können, entspreche bis dahin eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil am besten dem Kindeswohl.¹⁵⁸ Der durch die persönliche Betreuung des Kindes bedingte Verdienstentgang des einen Elternteils – der durch das im Regelfall zustehende Kinderbetreuungsgeld nur zum Teil abgefangen werde – übersteige meist den vom anderen Elternteil geleisteten Geldunterhalt ganz erheblich.¹⁵⁹ Da

¹⁵¹ Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (16).

¹⁵² Anders dagegen im Anwendungsbereich des § 1328 ABGB, vgl Pichler in Fenyves/Welser (Hrsg), ABGB (2000) § 168 ABGB Rz 4.

¹⁵³ OGH Ob III 573/24 SZ 6/279; Pichler in Fenyves/Welser (Hrsg), ABGB (2000) § 168 ABGB Rz 3; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 235 ABGB Rz 4; Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 235 ABGB Rz 4.

¹⁵⁴ Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (16).

¹⁵⁵ Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (1811) 372.

¹⁵⁶ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (13-15); zust VfGH 04.03.2011, G 184/10 und G 195/10; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650.

¹⁵⁷ Da die Vorschrift durch das KindNamRÄG 2013, BGBl I 2013/15 (Art 1 Z 31 leg cit) zur Beseitigung der Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern in die Vorschriften zum Kindesunterhalt verlagert wurde, gilt sie jetzt unmittelbar für alle Kinder unabhängig von deren (ehelicher oder unehelicher) Abstammung. § 140 ABGB war demgegenüber nur über § 166 Satz 2 ABGB auf uneheliche Kinder anwendbar, vgl Martiny, Unterhaltsrang und – rückgriff. Mehrpersonenverhältnisse und Rückgriffsansprüche im Unterhaltsrecht Deutschland, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika (2000) 344.

¹⁵⁸ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (14 und FN 41).

¹⁵⁹ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (14). Einen gewissen Ausgleich für die betreuungsbedingte Minderung der Erwerbsmöglichkeit hatte es bis 2011 in öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung zugunsten alleinstehender Elternteile in Form des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld von 6,06 EUR täglich gegeben (§§ 9 Abs 1 Z 1, 10, 11 KBGG aF), der gem § 18 Abs 1 Z 1, Abs 3 KBGG aF vom anderen Elternteil als Abgabe im Sinne des § 1 der Bundesabgabenordnung (BAO) zu erstatten war. Diese Regelung wurde allerdings vom VfGH wegen Gleichheitswidrigkeit als verfassungswidrig aufgehoben, VfGH 04.03.2011, G 184/10 und

der betreuende Elternteil gem § 140 Abs 2 Satz 1 ABGB aF (dem aktuellen § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB) seiner Unterhaltspflicht idR durch die Kindesbetreuung und Haushaltsführung nachkommt und die Eltern nach dem in § 140 Abs 1 ABGB aF (dem jetzigen § 231 Abs 1 ABGB) zum Ausdruck kommenden Gleichbehandlungsgrundsatz für die Deckung der Bedürfnisse ihres Kindes „nach ihren Kräften anteilig“ aufzukommen haben, sei der durch die persönliche Betreuung durch einen Elternteil entstehende Einkommensausfall vergleichbar den Kosten einer außerhäuslichen Fremdbetreuung anteilig auch vom geldunterhaltspflichtigen Elternteil zu tragen, den der betreuende Elternteil über § 1042 Abs 1 ABGB ersetzt verlangen könne.¹⁶⁰

In der Rechtsprechung und Lehre hat sich diese Auffassung bisher nicht durchgesetzt:

Der VfGH bezeichnet die Ansicht von Beclin zwar im Erkenntnis vom 04.03.2011, mit dem er die Regelung des § 18 Abs 1 Z 1 KBGG¹⁶¹ als verfassungswidrig aufgehoben hat, als „mit guten Gründen“ vertretbar, ist in seinem Prüfungsbeschluss allerdings trotzdem „davon ausgegangen, dass nach den allgemeinen Regeln des Unterhaltsrechtes ein gemeinsames Kind dem das Kind betreuenden Elternteil für sich alleine keinen Unterhaltsanspruch gegenüber dem anderen Elternteil vermittelt“.¹⁶²

Auch in der Lehre wird die Ansicht von Beclin zu Recht überwiegend mit der Begründung abgelehnt, ein bereicherungsrechtlicher Erstattungsanspruch des betreuenden Elternteils gem § 1042 ABGB scheide bereits deshalb aus, da § 140 ABGB aF (der aktuelle § 231 ABGB) jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage keine Vorgaben dazu enthalte, wie Eltern bei der Kinderbetreuung vorzugehen haben.¹⁶³

Dem von Gitschthaler¹⁶⁴ gegen die vorgenannte Kritik und für die Argumentation von Beclin vorgebrachten Argument, dass es zwar derzeit keine solchen ausdrücklichen gesetzlichen Vorgaben gebe, nach der Rechtsprechung des OGH (zB 09.07.1997, 3 Ob 2075/96k) Kinder jedoch Anspruch hätten, zumindest mit einem Elternteil in einem gemeinsamen Haushalt zusammenzuleben, ist mE entgegenzuhalten, dass das Gesetz keine Vorgaben dahingehend enthält, dass das Kind durch den Elternteil, in dessen Haushalt es lebt, auch in einem dessen Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Maße zu betreuen ist.

G 195/10.

¹⁶⁰ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (15).

¹⁶¹ Vgl hierzu oben FN 159.

¹⁶² VfGH 04.03.2011, G 184/10 und G 195/10. Insoweit etwas unklar Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650, wonach der VfGH die Auffassung von Beclin teilt und Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 2 FN 1, wonach der VfGH deren Ansicht „übernahm [...], ohne sich damit in irgendeiner Weise näher auseinanderzusetzen.“

¹⁶³ Deixler-Hübner, iFamZ 2012, 193 (194); Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (17); Linder in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) Kapitel 6 Teil B (Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Innenverhältnis) Rz 6; Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (Stand November 2011, lexisnexis.at) § 44 ABGB Rz 7 (Stand November 2011, lexisnexis.at) bezeichnen die Ansicht von Beclin als „dogmatisch wohl etwas gewagt“. Zwfl auch Aichhorn/Marschall in Bundesministerium für Justiz 222 (231), die aus anwaltlicher Sicht eine Klageerhebung auf Basis der Argumentation von Beclin aufgrund sehr fraglicher Erfolgsaussichten nicht für ratsam halten.

¹⁶⁴ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650.

Die von Gitschthaler weiter zitierte Entscheidung OGH 27.05.2014, 9 Ob 24/14s, stützt die Argumentation von Beclin mE ebenfalls nicht, da sich daraus mE entgegen der Ansicht von Gitschthaler¹⁶⁵ nicht ergibt, dass ein Kind jedenfalls während des ersten Lebensjahres im Hinblick auf die gesetzliche Wertung in §§ 5c Abs 3, 24b KBGG generell Anspruch auf Eigenbetreuung durch einen Elternteil habe. Denn die zitierte OGH-Entscheidung betrifft den gesetzlichen Unterhaltsanspruch einer nichtehelichen Mutter gegen ihren eigenen Vater in den ersten Monaten nach der Geburt ihres Kindes und ist damit mE jedenfalls nicht ohne Weiteres auf das Rechtsverhältnis der Mutter zum Vater ihres nichtehelichen Kindes übertragbar, gegen den ihr bisher ausdrücklich nur für die ersten acht Wochen nach der Geburt (§ 235 Abs 1 ABGB) ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch zusteht.

c. Unterhaltsanspruch aus culpa in contrahendo bzw rechtsgeschäftsähnlicher Vertrauenshaftung?

Nach Ansicht von Meissel¹⁶⁶ könne in Fällen, in denen zwei Lebensgefährten eine einvernehmliche Aufgabenteilung dahingehend praktizieren, dass einer der beiden zugunsten der Betreuung eines gemeinsamen Kindes auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet und vom anderen Partner, der auch für den Kindesunterhalt aufkommt, wirtschaftlich mitversorgt wird, ein (jedenfalls befristeter) Anspruch des kinderbetreuenden Partners auf konkreten Unterhalt nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (cic) bzw aus rechtsgeschäftsähnlicher Vertrauenshaftung bestehen, wenn es zu einer Aufhebung der Lebensgemeinschaft komme.

Mit dieser Konstruktion, als deren dogmatische Grundlage die dem verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG zugrundeliegende rechtliche Wertung – nicht dagegen eine Rechtssatzanalogie¹⁶⁷ – dient, will Meissel wegen Nichteintritt des Erfolgs einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich („causa data causa non secuta“) zugunsten des kinderbetreuenden Lebenspartners durchführen, um eine ansonsten bestehende Rechtsschutzlücke für die Fälle zu schließen, in denen zwar keine ausdrücklich oder konkludent erfolgte Unterhaltszusage für die Zeit nach der Trennung vorliegt,¹⁶⁸ aber trotzdem eine „schützenswerte Erwartung in die Versorgung erweckt wurde“.¹⁶⁹

Gegen diese Ansicht spricht, dass zwischen Lebensgefährten – anders als bei Ehepartnern – de lege lata keinerlei wechselseitige Unterstützungspflichten bestehen und in aller Regel auch nicht gewünscht sind, sodass gerade keine für eine analoge Anwendung der Grundsätze der cic erforderliche Regelungslücke anzunehmen ist, wenn für den Fall der

¹⁶⁵ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650.

¹⁶⁶ Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (16-19); unter Vorbehalt zust Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexis.at) § 44 ABGB Rz 7 FN 36, nach deren Ansicht „jedenfalls klare Anhaltspunkte für das berechtigte Vertrauen“ in die Fortdauer der Lebensgestaltung vorliegen müssen.

¹⁶⁷ Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (17 FN 33).

¹⁶⁸ Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (17 FN 35 und 40).

¹⁶⁹ Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (18).

Beendigung der Lebensgemeinschaft keine konkludente Zusage von Unterstützungsleistungen an den kinderbetreuenden Partner erfolgt ist.¹⁷⁰ Hinzu kommt, dass in derartigen Fällen eine zu prüfende Bereicherung in aller Regel gerade nicht vorliegt.¹⁷¹

d. Anspruch auf Ersatz für schwangerschaftsbedingten Verdienstaufschlag wegen Rücktritts vom Verlöbnis nach § 46 ABGB?

Im Falle des Rücktritts vom Verlöbnis kann der Partner, der hierfür keine Ursache gesetzt hat, vom anderen nach § 46 ABGB Ersatz des hiernach gebührenden Vertrauensschadens¹⁷² in Form von Verdienstaufschlag nur insoweit verlangen, als dieser unmittelbar durch den Rücktritt vom Verlöbnis bedingt ist, zum Beispiel für eine gewisse Übergangszeit dann, wenn er im Vertrauen auf die geplante Eheschließung seinen Arbeitsplatz aufgegeben hat.¹⁷³

Obwohl eine vergleichbare Schutzwürdigkeit der Frau besteht, wenn es im Hinblick auf die beabsichtigte Heirat zu einer Schwangerschaft gekommen ist,¹⁷⁴ lehnt die ganz überwiegende Meinung einen Ersatzanspruch nach § 46 ABGB wegen des durch Schwangerschaft und Karenzzeit bedingten Einkommensausfalls mit der Begründung ab, dass es sich hierbei nur um einen von der Vorschrift nicht umfassten mittelbaren Schaden handle.¹⁷⁵

Auf nichteheliche Lebenspartner, die bewusst unverheiratet zusammenleben, ohne eine spätere Eheschließung vereinbart zu haben, ist § 46 ABGB nach zutreffender hM¹⁷⁶ weder direkt noch analog anwendbar, da in diesem Fall der von § 46 ABGB vorausgesetzte „rechtsgeschäftliche Akt der Verlobung als Vorvertrag zur Ehe“¹⁷⁷ gerade nicht vorliegt und von den Lebensgefährten in aller Regel auch gar nicht gewollt ist.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Linder in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) Kapitel 6 Teil B (Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Innenverhältnis) Rz 7; ähnlich Deixler-Hübner, iFamZ 2012, 193 (194). Zwl auch Aichhorn/Marschall in Bundesministerium für Justiz 222 (231), die einem auf die Ansicht von Meissel gestützten etwaigen Musterverfahren keine nennenswerten Erfolgsaussichten beimessen.

¹⁷¹ Deixler-Hübner, iFamZ 2012, 193 (194).

¹⁷² Fischer-Czermak/Beclin, GA für den 18. ÖJT 62; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000) § 46 ABGB Rz 7.

¹⁷³ OGH 1 Ob 539/51, JBl 1952, 210; 26.01.1983, 3 Ob 671/82 EF-Slg 42.501; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2000) § 46 ABGB Rz 7; Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 46 ABGB Rz 7.

¹⁷⁴ So die zutreffende Kritik von Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (13).

¹⁷⁵ OGH 1 Ob 539/51, JBl 1952, 210; 26.01.1983, 3 Ob 671/82 EF-Slg 42.501; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2000) § 46 ABGB Rz 7; Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 46 ABGB Rz 7.

¹⁷⁶ Deixler-Hübner, Scheidung 225; Fischer-Czermak/Beclin, GA für den 18. ÖJT 62; Meissel/Preslmayr in Harrer/Zitta 515 (521); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2000) § 42 ABGB Rz 10.

¹⁷⁷ Meissel/Preslmayr in Harrer/Zitta 515 (521).

¹⁷⁸ Deixler-Hübner, Scheidung 225; Meissel/Preslmayr in Harrer/Zitta 515 (521); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2000) § 42 ABGB Rz 10.

e. Schadenersatzrechtlicher Anspruch nach § 1328 ABGB

Wenn die Beiwohnung, die zur Zeugung eines Kindes geführt hat, „durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses“ herbeigeführt wurde, kommt ein Schadenersatzanspruch der Mutter nach § 1328 ABGB in Betracht.¹⁷⁹

Da § 1328 ABGB eine Haftung ex delicto regelt, ist aktivlegitimiert jede Mutter, bei der die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, unabhängig davon, ob und gegebenenfalls welches Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Kindsvater besteht.

Anders als im Rahmen von § 235 ABGB kann die Mutter nach § 1328 ABGB auch Verdienstentgang geltend machen,¹⁸⁰ allerdings – da es sich hierbei um einen Schadenersatzanspruch handelt¹⁸¹ – nur, soweit dieser tatsächlich entstanden ist, also insbesondere nicht durch bezogene Entgeltersatzleistungen kompensiert ist¹⁸² bzw einen etwaigen geltend gemachten Unterhaltsanspruch nach § 235 ABGB übersteigt.¹⁸³

2. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines einer nicht formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes?

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit in Österreich nach aktueller Rechtslage ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch eines Elternteils besteht, der ein Kind betreut, das einer faktischen Lebensgemeinschaft seiner Eltern entstammt.

a. Kein originärer gesetzlicher Unterhaltsanspruch aus nicht formalisierter Lebensgemeinschaft

De lege lata besteht in Österreich kein originärer gesetzlicher Unterhaltsanspruch zwischen Personen, die miteinander in nicht formalisierter Partnerschaft zusammenleben¹⁸⁴ oder zusammengelebt haben,¹⁸⁵ und zwar auch dann nicht, wenn aus der Lebensgemeinschaft ein gemeinsames Kind hervorgegangen ist, das in partnerschaftlichem Einvernehmen von einem der Lebensgefährten unter Zurückstellung eigener Erwerbstätigkeit betreut wird.¹⁸⁶

¹⁷⁹ OGH Ob II 9/26 SZ 8/21.

¹⁸⁰ Pichler in Fenyves/Welser (Hrsg), ABGB (2000) § 168 ABGB Rz 4; OGH 1 Ob 537/56, ÖJZ 1957, 12.

¹⁸¹ OGH Ob II 9/26 SZ 8/21.

¹⁸² OGH 1 Ob 537/56, ÖJZ 1957, 12.

¹⁸³ OGH Ob II 9/26 SZ 8/21; 7 Ob 191/71 JBl 1972, 153.

¹⁸⁴ OGH 18.11.1999, 2 Ob 319/99x; 15.04.1971, 1 Ob 94/71 SZ 44/46; Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (15); Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) Kapitel 6 Teil B (Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Innenverhältnis) Rz 5; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1642; Ferrari in Kroppenberg 167 (178); Fischer-Czermak/Beclin, GA für den 18. ÖJT 69 mwN; Fischer-Czermak/Beclin, iFamZ 2012, 188; Stabentheiner, NZ 1995, 49 (59).

¹⁸⁵ Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 44 ABGB Rz 7.

¹⁸⁶ Nur in einigen Randgebieten existieren bereits vereinzelt gesetzliche Regelungen für Lebensgemeinschaften, so zB das Eintrittsrecht eines Lebensgefährten in den Mietvertrag des anderen nach dessen Tod nach § 14 Abs 2 und 3 MRG, das wechselseitige Vertretungsrecht von Lebensgefährten als nächste Angehörige gem §§ 284b–284e ABGB nach mindestens dreijährigem Zusammenleben (§ 284c Abs 1 ABGB),

Es gibt zwar Vorschläge, den Kernbereich der Lebensgemeinschaft wegen deren zunehmender gesellschaftlicher Bedeutung gesetzlich zu regeln und in diesem Zusammenhang für bestimmte Bedarfslagen, insbesondere bei Betreuung eines gemeinsamen Kindes, einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch für Lebensgefährten zu normieren,¹⁸⁷ die vom Gesetzgeber aber bisher nicht umgesetzt wurden.

b. Unterhaltsanspruch analog § 94 ABGB?

Einen Unterhaltsanspruch gegen den Lebensgefährten wegen einvernehmlicher Betreuung eines gemeinsamen Kindes aus analoger Anwendung des ehelichen Unterhaltsrechts – mithin analog § 94 ABGB – lehnt die hM¹⁸⁸ zu Recht ab.

Zwar steht der Unterhaltsanspruch nach § 94 Abs 2 und Abs 3 ABGB unzweifelhaft auch dem Ehepartner zu, der seinen Beitrag zur Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft iSv Abs 1 durch die einvernehmlich im gemeinsamen Haushalt erfolgende Betreuung eines gemeinsamen Kindes erbringt (vgl § 91 Abs 1 ABGB) und hierdurch an eigener Erwerbstätigkeit gehindert ist.¹⁸⁹

Eine analoge Anwendung der Norm zugunsten des kinderbetreuenden Partners einer nicht formalisierten Lebensgemeinschaft scheitert aber bereits daran, dass Lebensgefährten das eheliche Unterhaltsrecht nach den Grundsätzen der Privatautonomie nach hL¹⁹⁰ nicht gegen ihren Willen ohne Einhaltung der eherechtlichen Formvorschriften und dem damit bezweckten Schutz auferlegt werden kann.

Soweit es um den Unterhalt für einen getrennt lebenden Elternteil geht, wäre § 94 ABGB mangels Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte zudem nicht analogiefähig,¹⁹¹ da der darin geregelte Anspruch eine aufrechte eheliche Lebensgemeinschaft voraussetzt.¹⁹²

c. Unterhaltsanspruch aus analoger Anwendung von § 68a Abs 1 EheG?

Die Lehre¹⁹³ diskutiert, ob einem Elternteil, der auf eigene Erwerbstätigkeit zugunsten der Betreuung eines gemeinsamen Kindes vorübergehend – ganz oder teilweise – ver-

die Einbeziehung von Lebensgefährten in den Kreis der nahen Angehörigen iSv § 72 Abs 2 StGB oder das Zeugnisverweigerungsrecht eines Lebensgefährten gem § 321 Abs 1 Z 1 ZPO, vgl Ferrari in Neuwirth 33 (38).

¹⁸⁷ ZB Deixler-Hübner, iFamZ 2012, 193 (196); Ferrari in Neuwirth 33 (41, 43); Fischer-Czermak/Beclin, GA für den 18. ÖJT 170-171; Fischer-Czermak/Beclin, iFamZ 2012, 188 (189); Zartler, Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften? iFamZ 2012, 201 (203).

¹⁸⁸ Ua Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (11); Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss 1414; Meissel/Preslmayr in Harrer/Zitta 515 (517-519).

¹⁸⁹ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (11).

¹⁹⁰ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (11); Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss Rz 1414; Meissel/Preslmayr in Harrer/Zitta 515 (519).

¹⁹¹ Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss Rz 109.

¹⁹² Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (11).

¹⁹³ Ua Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12); Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (16); Gitschthaler, Neuerungen im Recht der Lebensgemeinschaften, AnwBl 2012, 598 (607-608); Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650.

zichtet, gegen seinen (ehemaligen) Lebensgefährten ein Unterhaltsanspruch aus analoger Anwendung von § 68a Abs 1 EheG zusteht.

aa. Verschuldensunabhängiger nachehelicher Unterhaltsanspruch gem § 68a Abs 1 EheG

In diesem Zusammenhang soll zunächst auf den in § 68a Abs 1 EheG geregelten verschuldensunabhängigen nachehelichen Unterhaltsanspruch eingegangen werden.

[1]. Ausnahmecharakter der Vorschrift

Nach Abs 1 Satz 1 des durch das „Eherechts-Änderungsgesetz 1999 – EheRÄG 1999“¹⁹⁴ mit Wirkung zum 01.01.2000¹⁹⁵ neu eingeführten § 68a EheG steht einem geschiedenen Ehegatten gegen den anderen „unabhängig vom Verschulden an der Scheidung“ ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, „soweit und solange“ ihm „auf Grund der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung dessen Wohles nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten“, was nach Abs 2 vermutet wird, „solange das Kind das fünfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“

§ 68a EheG nimmt insoweit eine Sonderstellung im österreichischen Scheidungsfolgenrecht ein, als er einen vom Verschulden an der Scheidung unabhängigen Unterhaltsanspruch regelt, der dadurch, dass er über § 69b EheG auf alle Arten der Scheidung anwendbar ist, erstmals auch zugunsten des an der Ehezerüttung allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten bestehen kann.¹⁹⁶

Der in § 68a EheG normierte verschuldensunabhängige Unterhaltsanspruch ist vom Gesetzgeber „zur Vermeidung von Härtefällen“¹⁹⁷ für zwei¹⁹⁸ „besonders berücksichtigungswürdige[...] Bedarfslagen“ vorgesehen, die bei Abs 1 darin besteht, dass es einem geschiedenen Ehegatten aus Gründen, die ihren Ursprung in der Ehe – nämlich der Existenz gemeinsamer Kinder, deren Pflege und Erziehung er gegenwärtig wahrnimmt – haben und die deshalb vom anderen Ehegatten quasi mitverursacht sind, nicht zumutbar ist, für seinen eigenen Lebensunterhalt (in vollem Umfang) selbst aufzukommen.¹⁹⁹

Die Einführung von § 68a EheG war wegen der damit verbundenen teilweisen Abkoppelung des nachehelichen Unterhalts vom Verschuldensprinzip politisch höchst um-

¹⁹⁴ BGBl I 1999/125.

¹⁹⁵ BGBl I 1999/125 (Art VII Z 1 leg cit).

¹⁹⁶ RV 1653 BlgNR 20. GP 24; OGH 21.04.2004, 7 Ob 2/04a; Deixler-Hübner, Grundfragen des neuen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruchs nach § 68a EheG, ÖJZ 2000, 707 (715); Ferrari, Verschuldensunabhängiger Scheidungsunterhalt nach den §§ 68a und 69b EheG, in Ferrari/Hopf (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich (2000) 37 (39-40).

¹⁹⁷ JAB 1926 BlgNR 20. GP 13.

¹⁹⁸ Die zweite, in § 68a Abs 2 EheG geregelte 2. Fallgruppe des verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruchs betrifft die Unzumutbarkeit der (vollen) Selbsterhaltung wegen mangelnder Erwerbschancen, die ihren Ursprung in der „einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft“ hat und bietet damit dem Ehepartner eine gewisse finanzielle Kompensation, der seine Arbeitskraft während der Ehezeit in die Haushaltsführung und/oder Betreuung gemeinsamer Kinder oder Angehöriger statt in das eigene berufliche Fortkommen investiert hat, vgl Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (11).

¹⁹⁹ RV 1653 BlgNR 20. GP 13 u 26.

stritten²⁰⁰ und konnte erst nach Einarbeitung diverser, den Normwortlaut verkomplizierender und den Anwendungsbereich der Regelung im Vergleich zur ursprünglichen Fassung der Regierungsvorlage²⁰¹ deutlich einschränkender Modifikationen verabschiedet werden.²⁰²

[2]. Normzweck und Verzichtbarkeit des Anspruchs

Die Ratio von § 68a Abs 1 EheG ist zum einen darin zu sehen, dass gemeinsamen Kindern die persönliche Betreuung durch einen Elternteil ermöglicht werden soll, solange und soweit diese im Hinblick auf das Kindeswohl geboten ist.²⁰³

Gleichzeitig normiert § 68a Abs 1 EheG als „Ausfluss nachehelicher Beistands- und Solidaritätsverpflichtung“²⁰⁴ zugunsten des betreuenden Elternteils einen Billigkeitsunterhalt,²⁰⁵ der den durch die Betreuung des gemeinsamen Kindes bedingten laufenden Verdienstentgang ausgleichen soll.²⁰⁶

Aufgrund der Kindeswohlorientierung der Norm ist nach Ansicht von Ferrari²⁰⁷ die generelle Verzichtbarkeit des verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruchs fraglich. Die ganz hM²⁰⁸ hält demgegenüber einen Verzicht nach allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen für zulässig.

[3]. Anspruchsvoraussetzungen

Voraussetzung eines Unterhaltsanspruchs nach § 68a Abs 1 EheG ist die Unterhaltsbedürftigkeit des geschiedenen Unterhaltsberechtigten, die daraus resultiert, dass es ihm aufgrund der Pflege und Erziehung (mindestens) eines gemeinsamen Kindes unmög-

²⁰⁰ Ausführlich zur Entstehungsgeschichte von § 68a EheG: Berka, Scheidung und Scheidungsreform 2000 (2000) 168–171; Hopf/Stabentheiner, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (2. Teil), ÖJZ 1999, 861 (864–865). Allgemein zum Gesetzgebungsverfahren des EheRÄG 1999 Berka, Scheidung 161–168 und Hopf/Stabentheiner, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (1. Teil), ÖJZ 1999, 821 (821–822).

²⁰¹ RV 1653 BlgNR 20. GP 2.

²⁰² Hopf/Kathrein, Eherecht. Eherechtliche Bestimmungen des ABGB, EheG samt 1. DVEheG, Ehegattenwohnrecht, Eheverfahrensrecht, einschlägige Bestimmungen des Sozialversicherungs- und des Pensionsrechts : Kurzkomentar³ (Stand 1.4.2014, rdb.at) § 68a EheG Rz 1; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2002) § 68a EheG Rz 14.

²⁰³ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12); Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2.

²⁰⁴ Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (710).

²⁰⁵ Da § 68a Abs 3 EheG Minderungs- und Ausschlussgründe für Fälle der Unbilligkeit enthält, geht das Gesetz von der grundsätzlichen Billigkeit des Unterhaltsspruchs nach Abs 1 und Abs 2 aus.

²⁰⁶ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (11).

²⁰⁷ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (58).

²⁰⁸ Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 4 mit dem Verweis darauf, dass das Kind ja einen eigenen Unterhaltsanspruch habe und deshalb nicht nachvollziehbar sei, weshalb ein Verzicht auf den Anspruch nicht in Betracht kommen solle; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2; Zankl/Mondel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexis-nexis.at) § 68a EheG Rz 14.

lich²⁰⁹ oder zumindest unzumutbar ist, sich in einem zur Deckung des eigenen Lebensbedarfs erforderlichen Umfang selbst zu erhalten.

[a]. Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes

Gemeinsames Kind der geschiedenen Ehegatten iSv § 68a Abs 1 EheG ist nur ein gemeinsames leibliches oder ein von beiden Ehegatten gemeinsam angenommenes Kind oder das von einem Ehegatten als sogenanntes Stiefkind adoptierte leibliche Kind des anderen Ehegatten.²¹⁰

Ein Unterhaltsanspruch nach § 68a Abs 1 EheG kommt lediglich zugunsten des Ehegatten in Betracht, der die Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes – unabhängig davon, ob er auch rechtlich (allein) obsorgeberechtigt ist²¹¹ – nach der Scheidung rein tatsächlich ausübt.²¹²

Die Begriffe „Pflege und Erziehung“ sind iSv § 140 Abs 2 ABGB aF (dem jetzigen § 231 Abs 2 ABGB) auszulegen,²¹³ sodass mit der dazu hM²¹⁴ ein Unterhaltsanspruch nach § 68a Abs 1 EheG ausscheidet, wenn die Betreuung des Kindes weitgehend auf Dritte – zB Internat oder Großeltern – übertragen ist.^{215,216}

[b]. Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung

Dadurch, dass § 68a Abs 1 EheG die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung als Anspruchsvoraussetzung statuiert, wird zunächst zum Ausdruck gebracht, dass der kinderbetreuende geschiedene Elternteil nach dem Anspannungsprinzip grundsätzlich – ggf bei nur teilweiser Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung („soweit“) zumindest durch Aufnahme einer Teilzeittätigkeit²¹⁷ – selbst für seinen Lebensunterhalt aufzukommen hat.²¹⁸

²⁰⁹ Laut RV 1653 BlgNR 20. GP 24-25 ist die Unmöglichkeit der Selbsterhaltung als „stärkerer Hinderungsgrund“ von dem in § 68a Abs 1 Satz 2 EheG erwähnten Begriff der Unzumutbarkeit mit umfasst; vgl auch OGH 14.06.2016, 3 Ob 82/16d; Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 FN 2 (argumentum „*minori ad maius*“); Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 9; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 263.

²¹⁰ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (44); Knoll, Verschuldensunabhängiger Unterhalt im Ehescheidungsfolgenrecht nach dem EheRÄG 1999, RZ 2000, 104 (104); Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 7; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264.

²¹¹ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (43); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2; Schwimann in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 68a EheG Rz 4; aA Knoll, RZ 2000, 104 (105).

²¹² Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (708); Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (43); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264.

²¹³ Knoll, RZ 2000, 104 (105).

²¹⁴ Vgl Knoll, RZ 2000, 104 (105) mwN.

²¹⁵ Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 7; Knoll, RZ 2000, 104 (105) mwN; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2.

²¹⁶ Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 7; Knoll, RZ 2000, 104 (105) mwN; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2.

²¹⁷ Berka, Scheidung 184; Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (48); Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 21.

²¹⁸ Berka, Scheidung 184.

Unter Selbsterhaltungsfähigkeit iSv § 68a Abs 1 EheG ist die Fähigkeit zu verstehen, den eigenen Lebensbedarf, auf den wiederum der verschuldensunabhängige Betreuungsunterhalt der Höhe nach begrenzt ist (vgl § 68a Abs 1 Satz 1 EheG), in vollem Umfang selbst zu decken.²¹⁹

Ob bzw inwieweit auf Grund der Kinderpflege und -erziehung die Selbsterhaltung iSv § 68a Abs 1 EheG unzumutbar ist, ergibt sich aus dem Umfang, in dem unter Berücksichtigung des in Satz 1 ausdrücklich erwähnten Wohls des oder der Kinder, insbesondere im Hinblick auf deren Alter, Gesundheits- und Entwicklungszustand, nach der Scheidung der Eltern²²⁰ – ggf neben dem Besuch von Kindergarten oder Schule – eine persönliche Erziehung und Pflege durch den betreffenden Elternteil erforderlich ist.²²¹

Dabei sind – vorbehaltlich der in § 68a Abs 3 Satz 2 EheG enthaltenen Unbilligkeitsklausel²²² – ein kompletter beruflicher Neuanfang und eine deutlich unterhalb der beruflichen Qualifikation liegende Tätigkeit weniger zumutbar als die Wiederaufnahme einer bereits früher ausgeübten Beschäftigung,²²³ da es dann nach der Scheidung „keiner grundsätzlichen Umstellung“²²⁴ bedarf. Weitere Kriterien wie das Alter oder der Gesundheitszustand des betreuenden Elternteils sind demgegenüber im Rahmen von § 68a Abs 1 EheG irrelevant.²²⁵

Aufgrund der Orientierung der Vorschrift am Interesse des Kindes, dessen persönliche Betreuung durch einen Elternteil ermöglicht werden soll, ist nach Ansicht der Lehre bei Prüfung der Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung „ein großzügiger Maßstab anzulegen“.²²⁶ Der OGH²²⁷ demgegenüber wendet § 68a Abs 1 EheG in den wenigen hierzu bisher ergangenen Entscheidungen unter stetem Verweis auf den laut RV „nur für bestimmte Härtefälle“²²⁸ gedachten Ausnahmecharakter der Regelung eher restriktiv an.

Nach § 68a Abs 1 Satz 2 EheG wird die „Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung“ in Form einer in beide Richtungen widerlegbaren Beweislastumkehr²²⁹ „vermutet“, „solange das“

²¹⁹ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264.

²²⁰ Wie die Kinderbetreuung vor der Scheidung organisiert war, ist irrelevant, OGH 14.06.2016, 3 Ob 82/16d; Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 7.

²²¹ Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865).

²²² Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 7.

²²³ OGH 14.06.2016, 3 Ob 82/16d; Berka, Scheidung 185; Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 21; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 7; ähnlich Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (708).

²²⁴ OGH 14.06.2016, 3 Ob 82/16d.

²²⁵ Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865). Diese Kriterien sind nur in § 68a Abs 2 Satz 1 EheG, nicht dagegen in § 68a Abs 1 EheG ausdrücklich erwähnt.

²²⁶ ZB Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2.

²²⁷ ua OGH 01.10.2003, 7 Ob 61/03a; 21.04.2004, 7 Ob 2/04a; 14.06.2016, 3 Ob 82/16d; RIS-Justiz RS0118107.

²²⁸ vgl RV 1653 BlgNR 20. GP13 und 26.

²²⁹ Berka, Scheidung 184 FN 876; Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (708); Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 9.

von einem geschiedenen Ehegatten – von mehreren Kindern jüngste²³⁰ – betreute „Kind das fünfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“²³¹

Dem unterhaltspflichtigen Elternteil steht der Nachweis offen, dass bereits eine frühere Fremdbetreuung mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist und auch konkret in Betracht kommt,²³² was dann einen früheren Beginn der Erwerbsobliegenheit zur Folge hat, ggf zumindest in Teilzeit („soweit“).²³³

Der unterhaltsberechtigte Elternteil demgegenüber kann beweisen, dass ihm auch über den fünften Geburtstag des (von mehreren Kindern jüngsten) Kindes hinaus – zB wegen deren Anzahl, Alter und gesundheitlicher Beeinträchtigungen²³⁴ oder aber aufgrund von Entwicklungsdefiziten,²³⁵ Behinderungen²³⁶ oder fehlenden geeigneten Fremdbetreuungsmöglichkeiten,²³⁷ die weiterhin eine volle elterliche Betreuung erforderlich machen – ggf nicht einmal die Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung zumutbar ist, wobei der Unterhalt dann nach § 68a Abs 1 Satz 3 EheG über das fünfte Lebensjahr des – von mehreren Kindern jüngsten – Kindes hinaus im Regelfall auf maximal drei Jahre zu befristen ist und zwar nach der Begründung des Gesetzgebers gerechnet ab der gerichtlichen Entscheidung.²³⁸

§ 68a Abs 1 EheG hat zwar grundsätzlich „temporären Charakter“²³⁹ („solange“). Nach § 68a Abs 1 Satz 4 EheG kann eine Befristung des Unterhaltsanspruchs allerdings unterbleiben, wenn „auf Grund der besonderen Umstände des Falles, insbesondere einer besonderen Betreuungsbedürftigkeit des Kindes“, die zB durch eine physische oder

²³⁰ JAB 1926 BlgNR 20. GP 3.

²³¹ Warum die Altersgrenze der Vermutungsregelung gerade bei fünf Jahren angesetzt worden ist, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen, vgl Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (44 FN 20). Inzwischen läuft die Altersgrenze allerdings parallel mit der seit September 2010 in allen österreichischen Bundesländern geltenden Kindergartenpflicht für 5-jährige Kinder, vgl Neuhauser in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 231 ABGB Rz 34.

²³² Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (44); Hopf/Kathrein, EheG § 68a EheG Rz 4; Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 2.

²³³ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264.

²³⁴ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264; Berka, Scheidung 185, die als Beispiel für die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung die Betreuung von drei schulpflichtigen Kindern nennt.

²³⁵ Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865); Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 FN 9; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 3.

²³⁶ JAB 1926 BlgNR 20. GP 3; Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865); Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 FN 9; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 3.

²³⁷ Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865); Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 FN 9; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 3; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264.

²³⁸ JAB 1926 BlgNR 20. GP 3; Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (865). Die Auslegung der Befristungsregelung ist im Schrifttum sehr umstritten, siehe hierzu Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 4 mwN.

²³⁹ Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 7; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 4.

psychische Behinderung²⁴⁰ bedingt sein kann, der (Wieder-) Eintritt der Selbsterhaltungsfähigkeit des betreuenden Elternteils nicht absehbar ist.

Unabhängig von einer besonderen Betreuungsbedürftigkeit des bzw der Kinder können solche „besonderen Umstände des Falles“ iSv § 68a Abs 1 Satz 4 EheG dann zu bejahen sein, wenn mehrere auch bereits schulpflichtige Kinder zu betreuen sind, sodass unter Umständen aufgrund der damit regelmäßig verbundenen Belastungen (Arztbesuche, Fahrdienste etc) nicht einmal die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung absehbar sein kann.²⁴¹

Im Übrigen ist jedenfalls für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer (Teilzeit-)Tätigkeit neben der Betreuung von über fünfjährigen Kindern²⁴² auf die Wertungen der Rechtsprechung zu § 66 EheG zurückzugreifen.²⁴³

Die ebenfalls einen Anspruch aus § 68a Abs 1 EheG begründende Unmöglichkeit der Selbsterhaltung²⁴⁴ kann zB darin bestehen, dass der nach der Scheidung die gemeinsamen Kinder betreuende Ehegatte aufgrund der Arbeitsmarktsituation keinen Arbeitsplatz findet.²⁴⁵

[4]. Unterhaltsanspruch nach dem Lebensbedarf

§ 68a EheG hat als für das österreichische Recht neue Unterkategorie in Anlehnung an § 1578 BGB den Lebensbedarf eingeführt, der sich nach den Erläuterungen der RV an der „eigenen eheunabhängigen Lebensstellung“ des Unterhaltsberechtigten bzw seinen unter Hinwegdenken der Ehe hypothetischen aktuellen Lebensverhältnissen²⁴⁶ orientieren soll, „allerdings auch nur insofern, als diese unterhalb des ehelichen Lebensstandards bleibt.“²⁴⁷ Falls der kinderbetreuende Ehegatte seinen Lebensbedarf bereits durch eigene Erwerbstätigkeit decken kann, scheidet ein Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG aus, da diese Norm keine Teilhabe an den Lebensverhältnissen des geschiedenen Ehepartners bezweckt.²⁴⁸

²⁴⁰ JAB 1926 BlgNR 20. GP 3; Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (708); Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 4.

²⁴¹ Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (708), was nach deren in FN 9 vertretener Ansicht bei vier bis fünf Kindern im Alter zwischen fünf und zwölf Jahren anzunehmen ist; Hopf/Kathrein, Eherecht § 68a EheG Rz 4; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 4; Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (866).

²⁴² Unterhalb dieser Altersgrenze spricht die Widerlegbarkeit der in § 68a Abs 1 Satz 2 EheG enthaltenen Vermutungsregelung gegen die uneingeschränkte Geltung der Rechtsprechung zu § 66 EheG, da danach eine Erwerbstätigkeit neben der Betreuung von Kindern im Vorschulalter generell unzumutbar wäre, vgl Berka, Scheidung 184-185 mwN auch auf die von Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (45-46) hieran geübte Kritik.

²⁴³ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (45); Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 264.

²⁴⁴ Siehe oben FN 209.

²⁴⁵ RV 1653 BlgNR 20. GP 24-25.

²⁴⁶ Deren Maßgeblichkeit Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266 zu Recht als in der Praxis kaum ermittelbar und vor allem bei langjähriger Ehe problematisch kritisieren.

²⁴⁷ RV 1653 BlgNR 20. GP 26.

²⁴⁸ OGH 16.09.2008, 1 Ob 165/08h.

Durch die Begrenzung der Anspruchshöhe auf den eigenen Lebensbedarf soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG grundsätzlich auch zugunsten des an der Zerrüttung der Ehe allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten in Betracht kommt und es daher als Wertungswiderspruch anzusehen wäre, diesen ebenso wie die Unterhaltsansprüche während aufrechter Ehe nach § 94 ABGB und des schuldlos Geschiedenen nach § 66 EheG an den Lebensverhältnissen beider Ehegatten auszurichten.²⁴⁹

[a]. Ermittlung des Lebensbedarfs

Unter kritischer Auseinandersetzung mit den von Hopf/Stabentheiner,²⁵⁰ Knoll²⁵¹ und Deixler-Hübner²⁵² vertretenen Lösungsansätzen zur Ermittlung des Lebensbedarfs iSv § 68a Abs 1 und Abs 2 EheG hat sich der OGH in der Entscheidung vom 21.01.2003²⁵³ dem Vorschlag von Deixler-Hübner angeschlossen und geht seitdem bei der Ausmessung des verschuldensunabhängigen Unterhalts iSv § 68a EheG in ständiger Rechtsprechung wie folgt vor:

Zunächst ist der konkrete Geldbetrag zu ermitteln, den der Unterhaltsberechtigte unabhängig vom ehelichen Lebensstandard zur Bestreitung seines eigenen Lebensbedarfs benötigt,²⁵⁴ wobei nach allgemeinen Grundsätzen eigenes Einkommen sowie etwaige zur Deckung des allgemeinen Lebensbedarfs bestimmte Leistungen des Sozialhilfeträgers anzurechnen sind, soweit diesem keine gesetzlichen Ersatzansprüche zustehen bzw keine Legalzession besteht.²⁵⁵

Daraufhin ist in einer Kontrollrechnung sicherzustellen, dass der ermittelte Betrag im Bereich zwischen 15 % (Billigkeitsunterhalt gem § 68 EheG) und maximal 33 % (Unterhalt des schuldlos Geschiedenen gem § 66 EheG) der Unterhaltsbemessungsgrundlage

²⁴⁹ RV 1653 BlgNR 20. GP 25; OGH 21.01.2003, 4 Ob 278/02i.

²⁵⁰ Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (868-869) sprechen sich dafür aus, für die Unterhaltsbemessung nach § 68a EheG von dem für einen Unterhaltsanspruch nach § 66 EheG maßgeblichen Prozentsatz der Unterhaltsbemessungsgrundlage des Unterhaltspflichtigen zum Zeitpunkt der Trennung auszugehen und davon zur Abgrenzung von den Unterhaltsansprüchen nach § 94 ABGB und 66 EheG je nach dem Grad des Scheidungsverschuldens des Unterhaltsberechtigten einen von ihnen sogenannten „Regelabschlag“ von maximal 30 % abzuziehen und sodann ggf noch einen weiteren Abzug aus den Unbilligkeitsgründen des § 68a Abs 3 EheG vorzunehmen.

²⁵¹ Knoll, RZ 2000, 104 (109-112) wendet ebenso wie Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 11 und Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (715 FN 67) gegen den von Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (868-869) vorgeschlagenen Regelabschlag zu Recht ein, dass eine Berücksichtigung des Scheidungsverschuldens außerhalb der Unbilligkeitsregelung in § 68a Abs 3 EheG gegen das System des neu eingeführten verschuldensunabhängigen Unterhalts verstoße und schlägt seinerseits vor, den Unterhalt nach § 68a EheG der Höhe nach wie den Unterhalt nach § 66 EheG zu bemessen, wobei bei Befürwortung niedrigerer Ausgangswerte diese allenfalls zwischen 30 % und 37 % angesetzt werden sollten.

²⁵² Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (713-715); zust Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 11.

²⁵³ OGH 21.01.2003, 4 Ob 278/02i.

²⁵⁴ OGH 25.03.2004, 3 Ob 246/03b; 31.05.2006, 7 Ob 84/06p; 05.06.2008, 6 Ob 108/08p.

²⁵⁵ OGH 13.12.2005, 1 Ob 200/05a; 31.01.2007, 7 Ob 284/06z; 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; Zankl/Mondel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 68a EheG Rz 11 und FN 32.

des Unterhaltspflichtigen – bzw 40 % des gemeinsamen Einkommens abzüglich des eigenen Einkommens des Unterhaltsberechtigten²⁵⁶ – liegt²⁵⁷ und dem Unterhaltspflichtigen ein ausreichender Betrag zur angemessenen Deckung seiner eigenen angemessenen Bedürfnisse verbleibt (§ 68a Abs 4 iVm § 67 Abs 1 EheG).²⁵⁸ Bei weiteren Sorgepflichten des Unterhaltspflichtigen ist der so ermittelte Prozentsatz seines Einkommens entsprechend zu reduzieren.²⁵⁹

Auszugehen ist vom Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft, das – da dieses nur zur Begrenzung des Unterhalts dient²⁶⁰ und § 68a EheG keine Teilhabe des unterhaltsberechtigten Ehegatten an den Lebensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen bezweckt²⁶¹ – auch bei späterer Erhöhung allenfalls nach dem Verbraucherpreisindex an die Geldentwertung anzupassen ist,²⁶² während ein im Hinblick auf das Anspannungsprinzip nicht vorwerfbarer Einkommensrückgang wegen der nach allgemeinen Grundsätzen maßgeblichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen sehr wohl berücksichtigungsfähig ist.²⁶³

Der so ermittelte Unterhaltsbetrag ist allenfalls bei Vorliegen von schwerwiegenden Unbilligkeitsgründen iSv § 68a Abs 3 EheG einzelfallabhängig zu reduzieren,²⁶⁴ siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt III.2.c.aa.[5].

[b]. OGH-Leitentscheidung 6 Ob 108/08p

In der Leitentscheidung²⁶⁵ vom 21.01.2003²⁶⁶ hat der OGH zwar die Grundsätze der Ermittlung des Lebensbedarfs iSv § 68a EheG ausführlich entwickelt, diesen dann aber doch nicht konkret herausgearbeitet, sondern abgesehen von den der Höhe nach feststehenden monatlichen Wohnkosten iHv 220 EUR einen Lebensbedarf von pauschal 1.000 EUR monatlich und unter Anrechnung eines Eigeneinkommens von 300 EUR einen Unterhalt von 700 EUR monatlich – somit rund 30 % des gemeinsamen Einkommens abzüglich des eigenen Einkommens der Unterhaltsberechtigten bzw rund 23 % des Net-

²⁵⁶ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 265.

²⁵⁷ OGH 21.01.2003, 4 Ob 278/02i; 31.05.2006, 7 Ob 84/06p; 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; 11.12.2013, 7 Ob 216/13k.

²⁵⁸ OGH 25.03.2004, 3 Ob 246/03b; 31.05.2006, 7 Ob 84/06p; 18.07.2013, 1 Ob 129/13x; 11.12.2013, 7 Ob 216/13k; RIS-Justiz RS0117322; RIS-Justiz RS0118836; Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (714).

²⁵⁹ OGH 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 265.

²⁶⁰ Zankl/Mondel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 68a EheG Rz 12.

²⁶¹ OGH 16.09.2008, 1 Ob 165/08h.

²⁶² OGH 31.05.2006, 7 Ob 84/06p; 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; Hopf/Stabentheiner, ÖJZ 1999, 861 (868-869); Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266.

²⁶³ OGH 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266; Zankl/Mondel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 68a EheG Rz 12.

²⁶⁴ OGH 18.07.2013, 1 Ob 129/13x; 11.12.2013, 7 Ob 216/13k; RIS-Justiz RS0118836; RIS-Justiz RS0117322.

²⁶⁵ Es handelt sich hierbei bisher um die einzige Entscheidung des OGH, in der er sich detailliert mit der Ermittlung des Lebensbedarfs iSv § 68a EheG auseinandergesetzt hat, Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266.

²⁶⁶ OGH 21.01.2003, 4 Ob 278/02i.

toeinkommens des Unterhaltspflichtigen iHv 3.000 EUR monatlich²⁶⁷ – angenommen; der damit pro Tag zustehende Unterhalt in Höhe von 26 EUR sei zur Bestreitung der, im Einzelnen nicht näher bezifferten, laufenden und anstehenden Ausgaben für Kleidung und Heilbehandlungskosten als ausreichend zu erachten.

Während Zankl/Mondel²⁶⁸ die „Transparenz und Folgerichtigkeit“ dieser Vorgehensweise loben, wenden Schwimann/Kolmasch²⁶⁹ hiergegen ein, dass die Rechtsprechung in der Praxis offenbar doch als „Richtwert“ einen bestimmten Prozentsatz der Unterhaltsbemessungsgrundlage des Unterhaltspflichtigen benötige, der ausgehend von den bisherigen Entscheidungen zwischen 20 % und 25 % des Nettoeinkommens²⁷⁰ anzunehmen sei und „im Sinn der Rechtssicherheit offengelegt werden sollte.“²⁷¹

[5]. Minderung oder Ausschluss des Anspruchs wegen Unbilligkeit

Ein nach § 68a Abs 1 EheG grundsätzlich zustehender Betreuungsunterhalt kann gemindert werden oder komplett ausscheiden, wenn die (ungekürzte) Zuerkennung des Anspruchs aus schwerwiegenden Gründen moralischer oder finanzieller Unbilligkeit ungerechtfertigt erscheint.

[a]. Aus schwerwiegenden Gründen moralischer Unbilligkeit nach § 68a Abs 3 EheG

§ 68a Abs 3 Satz 1 EheG sanktioniert „einseitig besonders schwerwiegende Eheverfehlungen“ des nach Abs 1 leg cit Unterhaltsberechtigten, die von ihm „grob schuldhaft“ herbeigeführte Bedürftigkeit sowie gleichermaßen schwerwiegende Gründe mit einer Minderung oder dem kompletten Ausschluss des Unterhaltsanspruchs, soweit die (ungekürzte) Gewährung des Unterhalts deshalb unbillig wäre. Dabei ist vom Unterhaltsberechtigten nach § 68a Abs 3 Satz 2 EheG umso eher zu verlangen, seinen Unterhalt aus den Erträgen einer unzumutbaren Erwerbstätigkeit oder aus seinem Vermögensstamm zu decken, je gewichtiger die für eine Unbilligkeit der Unterhaltsgewährung sprechenden Gründe sind.²⁷²

Da der Unterhaltsanspruch nach § 68a Abs 1 EheG grundsätzlich vom Scheidungsver schulden unabhängig ist, kann das überwiegende oder alleinige Verschulden des unterhaltsberechtigten Elternteils allein noch keine Unterhaltsverwirkung oder –minderung nach § 68a Abs 3 EheG auslösen.²⁷³

²⁶⁷ Vgl Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266 FN 136.

²⁶⁸ Zankl/Mondel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 68a EheG Rz 11.

²⁶⁹ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266 und FN 136.

²⁷⁰ Schwimann in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 68a EheG Rz 6 mwN.

²⁷¹ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266.

²⁷² JAB 1926 BlgNR 20. GP 4; Hirsch, Der Billigkeitsbegriff im naheheiligen Unterhaltsrecht in den §§ 67 ff EheG, JBl 2008, 545 (550) mwN in FN 61; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 267.

²⁷³ JAB 1926 BlgNR 20. GP 25.

Tatbestandsmäßig können daher nur einseitige Verfehlungen des Unterhaltsberechtigten – während aufrechter Ehe²⁷⁴ – sein, die derart schwerwiegend sind, dass der Anspruch des (ungekürzten) Unterhalts bei objektiver Bewertung als keinesfalls hinnehmbar erscheint.²⁷⁵

Ob und ggf inwieweit eine Minderung oder gar ein kompletter Ausschluss des Anspruchs in Betracht kommt, ist in jedem Einzelfall unter Abwägung der beiderseitigen Interessen zu ermitteln,²⁷⁶ wobei zur Gewichtung der Verfehlung – trotz der Unterschiedlichkeit der Fallkonstellationen – die Rechtsprechung zur Unterhaltsverwirkung nach § 94 Abs 2 Satz 2 ABGB als Orientierungshilfe dient.²⁷⁷

Nach überzeugender hM²⁷⁸ ist hierbei auch die Kindeswohlorientierung (vgl § 68a Abs 1 Satz 1 EheG) des Anspruchs zu berücksichtigen, sodass – nach dem Grundsatz, je stärker die für einen Unterhaltsanspruch nach Abs 1 führenden Gründe sind, desto weniger ist eine Unbilligkeit iSv Abs 3 zu bejahen²⁷⁹ – auch insoweit zugunsten des Unterhaltsberechtigten ein großzügiger Maßstab in dem Sinne anzulegen ist, als es allenfalls zu einer Reduzierung der Höhe und nur in absoluten Ausnahmefällen zu einer kompletten Versagung des Unterhaltsanspruchs kommen soll.

[b]. Wegen finanzieller Unbilligkeit nach § 68a Abs 4 iVm § 67 Abs 1 EheG analog

Neben den in § 68a Abs 3 EheG geregelten Fällen moralischer Unbilligkeit kann es nach § 68a Abs 4 EheG in analoger Anwendung von § 67 Abs 1 EheG auch bei finanzieller Unbilligkeit²⁸⁰ zu einer Minderung des verschuldensunabhängigen Unterhalts kommen und zwar nach Satz 1 leg cit unter Berücksichtigung der beiderseitigen Bedürfnisse sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse, soweit ansonsten der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltsschuldners unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflich-

²⁷⁴ OGH 1 Ob 253/12f iFamZ 2013/146, 193 (zust Deixler-Hübner); Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 266. Da zugunsten des Unterhaltspflichtigen ein „durchgängiges Rechtsschutzsystem“ bestehen soll, gilt für Verstöße ab Zerrüttung der Ehe der – auch auf den Unterhaltsanspruch nach § 68a Abs 1 EheG anwendbare, vgl Hopf/Kathrein, Eherecht § 68a EheG Rz 10 auch zum generellen Verhältnis von § 68a Abs 3 EheG zu § 74 EheG und den hierzu bestehenden Literaturansichten – § 74 EheG, OGH 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; 1 Ob 253/12f iFamZ 2013/146, 193 (zust Deixler-Hübner); RIS-Justiz RS0123713; Deixler-Hübner, ÖJZ 2000, 707 (713); Hirsch, JBl 2008, 545 (556); Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 267.

²⁷⁵ OGH 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; 1 Ob 253/12f iFamZ 2013/146, 193 (zust Deixler-Hübner); 11.12.2013, 7 Ob 216/13k; RIS-Justiz RS0009759; Berka-Böckle, Der verschuldensunabhängige Anspruch nach § 68a EheG – Neue Überlegungen zum Scheidungsunterhalt anhand aktueller Rechtsprechung, JBl 2004, 223 (232); Hopf/Kathrein, Eherecht § 68a EheG Rz 10; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 10; Schwimann in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 68a EheG Rz 7; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 267.

²⁷⁶ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 267.

²⁷⁷ OGH 05.06.2008, 6 Ob 108/08p; Hopf/Kathrein, Eherecht § 68a EheG Rz 10.

²⁷⁸ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (48). Knoll, RZ 2000, 104 (114); Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 10; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 267; aA Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), EuPR (2010) § 68a EheG Rz 40, der einwendet, dass diese Auslegung vom Gesetztext nicht gedeckt sei und zudem „doch wohl die Kinderbetreuung nicht gleichsam einen Freibrief für nachhehliches Verhalten des Unterhaltsberechtigten darstellen“ könne.

²⁷⁹ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (53); Hirsch, JBl 2008, 545 (550).

²⁸⁰ Zu den Begriffen „moralische“ und „finanzielle“ Unbilligkeit siehe Hirsch, JBl 2008, 545 (547-551).

tungen gefährdet wäre, wobei nach Satz 2 *leg cit* auch die Unterhaltsansprüche und die wirtschaftlichen Verhältnisse unterhaltsberechtigter Kinder und/oder eines neuen Ehepartners zu berücksichtigen sind.²⁸¹

Nach hM²⁸² ist zudem § 67 Abs 2 EheG analog anwendbar, sodass ein nach § 68a Abs 1 EheG grundsätzlich zustehender Unterhaltsanspruch ausscheidet, wenn der kinderbetreuende Ehegatte seinen Lebensbedarf aus seinem Vermögensstamm bestreiten kann.

[6]. *Praktische Bedeutung der Norm*

Aufgrund der dargestellten zahlreichen Einschränkungen der Norm, welche nach zutreffender Literaturansicht²⁸³ „die Erlangung dieses Unterhalts unnötig erschweren“, spielt § 68a Abs 1 EheG als direkte Anspruchsnorm in der Rechtsprechung bisher keine nennenswerte Rolle.²⁸⁴

Es wird aber davon ausgegangen, dass die Norm im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen für den Zuspruch von befristetem Unterhalt nach § 55a Abs 2 EheG durchaus Berücksichtigung findet²⁸⁵ und generell die Bereitschaft zu einvernehmlichen Scheidungen erhöht.²⁸⁶

bb. Analoge Anwendbarkeit von § 68a Abs 1 EheG auf gemeinsame Kinder betreuenden ehemaligen Partner einer nicht formalisierten Lebensgemeinschaft?

Wie im Abschnitt II.1.a. bereits ausgeführt wurde, steht es den in nichtformalisierter Partnerschaft zusammenlebenden Eltern eines gemeinsamen Kindes zwar nach den Grundsätzen der Privatautonomie frei, für den Fall der Trennung eine analoge Anwendung des in § 68a Abs 1 EheG normierten Unterhaltsanspruchs vertraglich zu vereinbaren.

Auch wenn § 68a Abs 1 EheG wegen seines vor allem auf das Kindeswohl gerichteten Normzwecks²⁸⁷ grundsätzlich analogiefähig ist, wird eine analoge Anwendung der Norm auf gemeinsame Kinder betreuende ehemalige Lebensgefährten nach hM²⁸⁸ zu Recht abgelehnt, da aufgrund der Verortung der Vorschrift im EheG und der ausdrücklichen

²⁸¹ OGH 2 Ob 62/10x iFamZ 2011/173, 216.

²⁸² Schwimann in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 68a EheG Rz 8.

²⁸³ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (43), die stattdessen in FN 16 für die Einführung eines Betreuungsunterhaltsanspruchs auch für uneheliche Elternteile in Anlehnung an § 1615l BGB aF plädiert.

²⁸⁴ Hopf/Kathrein, Eherecht § 68a EheG Rz 1; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 14.

²⁸⁵ Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar (2002) § 68a EheG Rz 14.

²⁸⁶ OGH 03.10.2000, 4 Ob 235/00p.

²⁸⁷ Siehe hierzu Abschnitt III.2.c.aa.[2]. dieser Arbeit.

²⁸⁸ VfGH 04.03.2011, G 184/10 und G 195/10 unter Bezugnahme auf Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12); zust Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 1650; Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (17); Zankl/Mondel in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 68a EheG Rz 1 (Stand November 2011, lexisnexus.at); aA noch Gitschthaler, AnwBl 2012, 598 (607-608) unter Bezugnahme auf Meissel, EF-Z 2008/4, 13, der jedoch auf Seite 17 in FN 33 und auf Seite 18 in FN 40 ausdrücklich darauf hinweist, dass er § 68a Abs 1 EheG gerade nicht für analog anwendbar hält, sondern nur dessen Rechtsgedanken für die von ihm erwogene Unterhaltspflicht nach Vertrauensschutzgesichtspunkten heranzieht.

Bezugnahme des Gesetzgebers²⁸⁹ auf die Ehebedingtheit der ausnahmsweise einen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch rechtfertigenden Bedarfslage keine für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke²⁹⁰ vorliegt.²⁹¹ Dies ergibt sich mE auch daraus, dass der österreichische Gesetzgeber bisher trotz entsprechender Anregungen aus der Literatur²⁹² davon abgesehen hat, zumindest für bestimmte Bedarfslagen gesetzliche Unterhaltsansprüche zwischen Lebensgefährten zu normieren.

3. Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes eingetragener Partner analog § 68a Abs 1 EheG?

Anders verhält es sich, wenn zwei gleichgeschlechtliche Lebensgefährten ihre Partnerschaft gemäß den Regelungen des in Österreich zum 01.01.2010²⁹³ in Kraft getretenen EPG,²⁹⁴ das überwiegend die entsprechenden eherechtlichen Vorschriften der §§ 89 ff ABGB und des EheG übernommen hat,²⁹⁵ formalisiert haben und sie gemeinsam Eltern eines Kindes sind, das von einem der beiden Partner während bestehender Partnerschaft oder nach deren Aufhebung unter Zurückstellung eigener Erwerbstätigkeit betreut wird.

a. Keine ausdrückliche Regelung eines nachpartnerschaftlichen verschuldensunabhängigen Betreuungsunterhaltsanspruchs im EPG

Neben Unterhaltsansprüchen für die Zeit der bestehenden Partnerschaft, die sich aus der § 94 ABGB entsprechenden Vorschrift des § 12 EPG ergeben, bestehen für eingetragene Partner auch nachpartnerschaftliche Unterhaltsansprüche, die in §§ 20 bis 23 EPG weitgehend entsprechend den Regelungen der §§ 66 bis 80 EheG normiert sind.

Dabei wurde allerdings in § 20 Abs 4 EPG ein verschuldensunabhängiger nachpartnerschaftlicher Unterhaltsanspruch nur weitgehend parallel zu der in § 68a Abs 2 bis 4 EheG normierten zweiten Variante des verschuldensunabhängigen nachehelichen Unterhalts²⁹⁶ als finanzieller Ausgleich zugunsten des ehemaligen Partners geregelt, der nach Aufhebung der Partnerschaft deshalb mangelnde Erwerbschancen hat, weil er das eigene berufliche Fortkommen während bestehender Partnerschaft einvernehmlich zugunsten von Haushaltsführung und/oder Betreuung von Angehörigen zurückgestellt hatte.

Von einer Übernahme der den verschuldensunabhängigen nachehelichen Unterhalt wegen Betreuung gemeinsamer Kinder regelnden Vorschrift des § 68a Abs 1 EheG wur-

²⁸⁹ RV 1653 BlgNR 20. GP 24.

²⁹⁰ Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12); Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (17).

²⁹¹ Eine analoge Anwendung von § 68a Abs 1 EheG auf kinderbetreuende Elternteile, die sich zum anderen Elternteil nie in irgendeiner Form von Partnerschaft befunden haben, scheidet schon mangels Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte aus.

²⁹² Siehe oben FN 187.

²⁹³ § 45 Abs 1 EPG.

²⁹⁴ BGBl I 2009/135.

²⁹⁵ Schwimann in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) Vorbemerkung zum EPG Rz 1.

²⁹⁶ Siehe oben FN 198.

de bei Schaffung des Gesetzes dagegen abgesehen, da die „naturgemäß“²⁹⁷ ausscheiden-
de gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare damals auch rechtstatsächlich
noch ausgeschlossen war.

b. Zwischenzeitlich geschaffene Möglichkeiten gemeinsamer Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare

Durch zwischenzeitlich erfolgte Änderungen im Fortpflanzungsmedizin-Gesetz (FMedG), im Abstammungsrecht und im Adoptionsrecht ist in Österreich nunmehr die gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare möglich.

aa. Änderungen im FMedG und Abstammungsrecht

So wurde durch Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2013 der in § 2 Abs 1 und 2, § 3 Abs 1 und 2 sowie § 8 Abs 1 Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) geregelte Ausschluss gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften von Frauen von medizinisch unterstützter Fortpflanzung mittels Samenspende wegen Verfassungswidrigkeit der am Geschlecht und an der sexuellen Orientierung anknüpfenden Differenzierung und damit diskriminierenden Eingriffs in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienleben, Art 8 iVm Art 14 EMRK, mit Wirkung zum 01.01.2015 aufgehoben.²⁹⁸

Auf das Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2013²⁹⁹ hat der österreichische Gesetzgeber durch Verabschiedung des insoweit mit Wirkung zum 24.02.2015³⁰⁰ in Kraft getretenen FMedRÄG 2015³⁰¹ damit reagiert, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nunmehr nicht mehr wie zuvor auf Ehegatten und verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften beschränkt ist, sondern auch innerhalb einer eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft von Frauen zulässig ist, vgl § 2 Abs 1 und Abs 2 Z 3, § 3 Abs 1 und 2 sowie § 8 FMedG.

Gleichzeitig wurden die Abstammungsvorschriften durch das FMedRÄG 2015³⁰² mit Wirkung zum 01.01.2015 dahingehend ergänzt, dass im Falle medizinisch unterstützter Fortpflanzung neben der Mutter als der „Frau, die das Kind geboren hat“, § 143 ABGB, nunmehr zweiter Elternteil „die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden[e...] oder als eingetragene Partnerin [...] nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben[e]“ Frau oder die Frau ist, „die die Elternschaft anerkannt hat oder [...] deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist“, §§ 144 Abs 2 ABGB iVm Abs 3, 145 Abs 1 Satz 1 ABGB.

²⁹⁷ Schwimann in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 20 EPG Rz 3.

²⁹⁸ VfGH G16/2013 VfSlg 19824; BGBl I 2014/4.

²⁹⁹ VfGH G16/2013 VfSlg 19824; BGBl I 2014/4.

³⁰⁰ Gem § 26 Abs 2 FMedG sind die durch das FMedRÄG 2015, BGBl I 2015/35 vom 23.02.2015, vorgenommenen Änderungen des FMedG mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft getreten.

³⁰¹ BGBl I 2015/35, 2-5.

³⁰² BGBl I 2015/35, 9-10.

bb. Änderungen im Adoptionsrecht

Zudem hat der VfGH mit Erkenntnis vom 11.12.2014³⁰³ das in § 191 Abs 2 Satz 1 ABGB aF und § 8 Abs 4 EPG aF geregelte Verbot der gemeinsamen Adoption eines Kindes durch (eingetragene) Lebenspartner wegen Verletzung des in Art 8 iVm Art 14 EMRK und Art 7 Abs 1 B-VG enthaltenen Diskriminierungsverbots iVm dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und wegen Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Unzulässigkeit gemeinsamer Adoptivelternschaft trotz der durch das „Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 – AdRÄG 2013“³⁰⁴ mit Wirkung zum 01.08.2013³⁰⁵ erfolgten Gestattung einer Stiefkindadoption durch den eingetragenen Partner oder Lebenspartner eines leiblichen Elternteils mit Wirkung zum 01.01.2016 als verfassungswidrig aufgehoben.

Im Hinblick auf das Erkenntnis des VfGH vom 11.12.2014³⁰⁶ hat es der österreichische Gesetzgeber bei der Aufhebung von § 191 Abs 2 Satz 1 ABGB aF, der die gemeinsame Adoption eines fremden Kindes auf Ehepaare beschränkt hatte, und von § 8 Abs 4 EPG aF, der eingetragenen Partnern die gemeinsame Adoption eines fremden Kindes und die Adoption eines Wahl- oder leiblichen Kindes des anderen Partners verboten hatte, belassen. Begründet wurde dies damit, dass kein gesetzlicher Regelungsbedarf bestehe, da ohnehin jede Adoption eine Einzelfallentscheidung darstelle.³⁰⁷

c. Konsequenzen der erfolgten gesetzlichen Änderungen

Die erfolgten gesetzlichen Novellierungen haben zur Folge, dass in Österreich nunmehr – anders als noch bei Verabschiedung des EPG im Jahre 2009 – generell eine gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare unabhängig von ihrer Verpartnerung möglich ist, sei es durch gemeinsame Adoption eines fremden Kindes oder Adoption eines leiblichen oder angenommenen Kindes des anderen Partners³⁰⁸ oder durch fortpflanzungs-

³⁰³ VfGH 11.12.2014, G119/2014.

³⁰⁴ BGBl I 2013/179. Vorangegangen war die Verurteilung Österreichs wegen Konventionsrechtswidrigkeit der früheren gesetzlichen Regelung im Verfahren EGMR 19.02.2013, 19010/07, X gegen Österreich ÖJZ 2013/4 (MRK), 476.

³⁰⁵ § 1503 Abs 3 ABGB.

³⁰⁶ VfGH 11.12.2014, G119/2014.

³⁰⁷ Beclin, Gemeinsame und sukzessive Adoption nicht mehr auf Ehepaare beschränkt. Weitreichende Folgen der ersatzlosen Aufhebung des § 191 Abs 2 Satz 1 ABGB, EF-Z 2016/62, 142 mwN.

³⁰⁸ Eine gemeinsame Adoption ist nunmehr in Österreich allen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet, verpartnert oder Lebensgefährten sind, und sogar zwei alleinstehenden Personen gleichzeitig oder sukzessiv möglich. Die einzige verbliebene Einschränkung besteht bei der weiterhin möglichen Einzeladoption außerhalb einer Paarbeziehung darin, dass hier wegen der in § 197 Abs 3 ABGB vorgesehenen geschlechtlichen Ersetzung eines leiblichen Elternteils weiterhin nur verschiedengeschlechtliche Elternpaare möglich sind, vgl Beclin, EF-Z 2016/62, 142 (143), was im Lichte der in § 144 Abs 2 Z 1 ABGB umgesetzten Novellierung des FMedG, das nunmehr bereits ab der Geburt des Kindes eine gemeinsame Elternschaft von zwei Frauen ermöglicht, nicht mehr als zeitgemäß erscheint. Beclin, EF-Z 2016/62, 142 (143) schlägt als diskriminierungsfreie und am Kindeswohl orientierte Lösung vor, in jedem Einzelfall gesondert zu entscheiden, zu welchem Elternteil die familienrechtlichen Beziehungen durch eine Einzeladoption erlöschen sollen.

medizinische Unterstützung, die wegen der – noch³⁰⁹ – bestehenden Verbote der Leihmutterschaft und Eizellenspende bisher nur bei einem Frauen-Paar in Betracht kommt.

Durch die zwischenzeitliche Rechtsänderung ist daher eine die Gesetzesanalogie rechtfertigende planwidrige Regelungslücke³¹⁰ eingetreten mit der Folge, dass § 68a Abs 1 EheG nach Aufhebung der eingetragenen Partnerschaft bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen analog anzuwenden ist.

Hiervon war auch in den Erläuterungen der Regierungsvorlage zum EPG für den Fall ausgegangen worden, dass „ausnahmsweise die Kinderbetreuung eine Rolle spielen“ sollte.³¹¹

4. Zusammenfassung zu III.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Mütter in Österreich *de lege lata* – abgesehen von den mutmaßlich eher seltenen Anwendungsfällen des § 1328 ABGB – nur nach § 235 ABGB für die ersten acht Wochen nach der Geburt eines keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft mit dem anderen Elternteil entstammenden Kindes einen gerichtlich durchsetzbaren Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil haben, der aber in der Praxis so gut wie keine Rolle spielt, da der Lebensbedarf der Mutter in dieser Zeit im Regelfall durch Leistungen des Sozial(versicherungs)systems abgedeckt ist.³¹²

Wenn Mütter über den von § 235 Abs 1 ABGB erfassten 8-Wochen-Zeitraum hinaus wegen der Betreuung ihres keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft mit dem anderen Elternteil entstammenden Kindes nicht oder nur in reduziertem Umfang erwerbstätig sein können, sind sie – da das im Regelfall zustehende Kinderbetreuungsgeld zur Sicherung des bisherigen Lebensstandards meist nicht ausreichend ist – auf finanzielle Unterstützung Dritter, regelmäßig der öffentlichen Hand, angewiesen, falls der andere Elternteil nicht freiwillig Unterhaltsbeiträge erbringt.³¹³

In der Literatur³¹⁴ wird angenommen, dass der alleinerziehende Elternteil in wirtschaftlich angespannten Haushaltssituationen den vom anderen Elternteil bezahlten Kindesunterhalt, der eigentlich ausschließlich zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes vorgesehen ist, oftmals auch zur Bestreitung seines eigenen Lebensbedarfs einsetzt, was zwar im Regelfall hingenommen werde, da dem kinderbetreuenden Elternteil nach der Scheidung selbst auch eine wirtschaftliche Existenz möglich sein solle, allerdings mE natürlich so nicht wünschenswert ist.

Obwohl die in Österreich seit September 2010 in allen Bundesländern geltende halbtägige Kindergartenpflicht nur für fünfjährige Kinder im letzten Jahr vor Schuleintritt

³⁰⁹ It IMABE Institut für medizinische Anthropologie und Bioethik, Österreich: Kritik am VfGH-Urteil zur Samenspende für lesbische Paare, imabe.org/index.php?id=2015 (abgefragt am 1. 3. 2017) geht der VfGH-Präsident Holzinger auch insoweit von Verfassungswidrigkeit aus.

³¹⁰ Vgl. Koziol/Welser/Kletečka, Grundriss Rz 109.

³¹¹ ErläutRV 485 BlgNR 24. GP, 13 zu §§ 20 bis 22 EPG.

³¹² Siehe hierzu Abschnitt III.1.a.cc. dieser Arbeit.

³¹³ Beclin, EF-Z 2007/3, 10.

³¹⁴ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (43 FN 15).

gilt,³¹⁵ steht derzeit über § 68a Abs 1 EheG nur alleinerziehenden geschiedenen und ehemals verpartnerten Elternteilen³¹⁶ – nicht dagegen nichtehelichen Elternteilen – die Möglichkeit offen, das gemeinsame Kind unabhängig vom Zerrüttungsverschulden idR jedenfalls bis zu dessen fünftem Geburtstag persönlich zu betreuen.

Es stellt sich die Frage, ob diese Ungleichbehandlung von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern und ihren sie betreuenden Elternteilen gegenüber Kindern, deren Eltern geschieden sind oder verpartnert waren und den sie betreuenden Elternteilen, verfassungsgemäß ist, was in Kapitel 4 untersucht werden soll.

³¹⁵ Neuhauser in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB-PK (Stand November 2011, lexisnexus.at) § 231 ABGB Rz 34; vgl auch Bundesministerium für Familien und Jugend, Gratiskindergarten und verpflichtender Besuch, bmfj.gv.at/familie/kinderbetreuung/gratiskindergarten-verpflichtender-besuch (abgefragt am 25. 6. 2017).

³¹⁶ Auf die § 68a Abs 1 EheG analog anwendbar ist, siehe hierzu Abschnitt III.3.c. dieser Arbeit.

IV. GESETZLICHE REGELUNG DES UNTERHALTS WEGEN BETREUUNG NICHTHELICHER KINDER IN DEUTSCHLAND DE LEGE LATA

1. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch aus Lebenspartnerschaft?

a. Grundsätzlich kein Unterhaltsanspruch aus faktischer Lebensgemeinschaft

Wie in Österreich ergibt sich nach aktueller Rechtslage auch in Deutschland allein aus dem Zusammenleben in gleich- oder verschiedengeschlechtlicher Lebensgemeinschaft kein gegenseitiger Unterhaltsanspruch.³¹⁷

Nach der geltenden Rechtslage ist dies auch dann der Fall, wenn Lebenspartner gleichen oder verschiedenen Geschlechts mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben, da es zwar auch in Deutschland Reformvorschläge dahingehend gibt, die faktische Lebensgemeinschaft trotz der für sie charakteristischen grundsätzlichen Unverbindlichkeit gesetzlich zu regeln und in diesem Zusammenhang unter anderem einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch für bestimmte Bedarfslagen, insbesondere wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder, zu normieren, die aber vom Gesetzgeber bisher nicht aufgegriffen wurden.³¹⁸

Eine analoge Anwendung der ehe- oder verwandtschaftsrechtlichen Unterhaltsvorschriften auf faktische Lebensgefährten wird zu Recht ganz allgemein abgelehnt,³¹⁹ unter anderem da der Gesetzgeber bisher aus rechtspolitischen Erwägungen bewusst von der Normierung wechselseitiger Unterhaltsansprüche zwischen Lebensgefährten abgesehen hat und deshalb keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.³²⁰

Eine Kehrtwende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist dem Beschluss des BGH vom 09.03.2016³²¹ zu entnehmen, der nach überzeugender Ansicht von Löhnig/Plettenberg³²² dahingehend zu verstehen ist, dass künftig das Vertrauen auf einen „gegen-

³¹⁷ Burhoff/Willemsen, Handbuch Rz 1355 mwN; Grziwotz, Ne LG § 24 Rz 1 mwN; Hausmann/Hohloch, Recht der nichtehelichen LG 865; Schwab, Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich: Das deutsche Recht, in Schwab/Henrich/Gottwald/Walter (Hrsg), Familiäre Solidarität: Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich (1997) 39 (58).

³¹⁸ Dethloff, Familienarbeit im Wandel, in Hofer/Klippel/Walter (Hrsg), Perspektiven des Familienrechts (2005) 343 (355); Dethloff, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß? in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), Verhandlungen des siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008 (2008) A 143 (A 147-A 148).

³¹⁹ Burhoff/Willemsen, Handbuch Rz 1356; Hausmann/Hohloch, Recht der nichtehelichen LG Kapitel 6 Rz 181; OLG Hamm 7 WF 673/82, FamRZ 1983, 273; Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 301 (307).

³²⁰ Hausmann/Hohloch, Recht der nichtehelichen LG Kapitel 6 Rz 181.

³²¹ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (zust Seiler) = XII ZB 693/14, JZ 2016, 957 (Löhnig/Plettenberg).

³²² Löhnig/Plettenberg in Anm zu BGH XII ZB 693/14, JZ 2016, 957 (963; Löhnig/Plettenberg).

seitigen Einstandswillen³²³ innerhalb einer faktischen Lebensgemeinschaft „auch völlig unabhängig von der Existenz gemeinsamer Kinder“³²⁴ geschützt ist, wenn ein Lebenspartner aufgrund einvernehmlicher Rollenverteilung wegen der Führung des gemeinsamen Haushalts die eigene Erwerbstätigkeit teilweise oder ganz zurückstellt und vom anderen Partner unterhalten wird.

b. Ausnahme bei eingetragener Partnerschaft zweier gleichgeschlechtlicher Lebenspartner

Ebenso wie in Österreich gilt auch in Deutschland eine Ausnahme, wenn zwei gleichgeschlechtliche Personen ihre Beziehung durch Eingehung einer Lebenspartnerschaft nach dem zum 01.08.2001³²⁵ in Kraft getretenen LPartG³²⁶ formalisiert haben.

Aus dieser gesetzlichen Regelung der faktischen Lebensgemeinschaft, die nur gleichgeschlechtlichen Paaren eröffnet war, ergeben sich unter anderem wechselseitige gesetzliche Unterhaltsansprüche der Lebenspartner für die Zeit des Zusammenlebens aus § 5 Satz 2 LPartG iVm §§ 1360a, 1360b und 1609 BGB entsprechend, für den Zeitraum des Getrenntlebens aus § 12 Satz 2 LPartG iVm §§ 1361 und 1609 BGB entsprechend und nach Aufhebung der Partnerschaft aus § 16 Satz 2 LPartG iVm §§ 1570 bis 1586b und 1609 BGB entsprechend.³²⁷

Gemeinsame Elternschaft ist für gleichgeschlechtliche, nicht miteinander verheiratete Paare in Deutschland bisher gem § 9 Abs 7 LPartG iVm § 1754 Abs 1 BGB entsprechend ausschließlich im Rahmen einer bestehenden eingetragenen Lebenspartnerschaft möglich und zwar nur durch Adoption³²⁸, entweder im Wege der Annahme eines leiblichen Kindes des anderen Partners oder seit einer im Juni 2014 erfolgten Gesetzesänderung³²⁹ durch die bis dahin rechtlich ausgeschlossene Sukzessivadoption eines bereits vom anderen Partner adoptierten Kindes.³³⁰

³²³ Löhnig/Plettenberg in Anm zu BGH XII ZB 693/14, JZ 2016, 957 (963; Löhnig/Plettenberg).

³²⁴ Löhnig/Plettenberg in Anm zu BGH XII ZB 693/14, JZ 2016, 957 (963; Löhnig/Plettenberg).

³²⁵ dBGBI I 2001, 266 (Art 5 leg cit).

³²⁶ dBGBI I 2001, 266 (Art 1 leg cit).

³²⁷ Seit der zum 01.09.2017 durch Änderung von § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeführten „Ehe für alle“ ist gleichgeschlechtlichen Paaren die Formalisierung ihrer Beziehung durch Heirat möglich. Bis dahin zustande gekommene eingetragene Lebenspartnerschaften bleiben bestehen, solange die Partner diese nicht nach § 20a LPartG in eine Ehe umwandeln.

³²⁸ Der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen ist in Deutschland bisher allein im ärztlichen Standesrecht und den Kostenübernahmeregeln der gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen geregelt und hiernach auf Ehepaare beschränkt. Ein Fortpflanzungsmedizinengesetz mit entsprechender Umsetzung in den familienrechtlichen Abstammungsvorschriften, das gleichgeschlechtlichen Frauenpaaren wie in Österreich eine medizinisch unterstützte und von Anfang an gemeinsame Elternschaft ermöglichen würde, existiert in Deutschland bisher nicht, vgl zB Wersig, Deutschland braucht ein Fortpflanzungsmedizinengesetz, gwi-boell.de/de/2016/02/11/deutschland-braucht-ein-fortpflanzungsmedizinengesetz (abgefragt am 25. 6. 2017).

³²⁹ dBGBI I 2014, 786.

³³⁰ Die Gesetzesänderung ist in Umsetzung eines Urteils des BVerfG vom 19.02.2013 erfolgt, das die Verfassungswidrigkeit der Nichtzulassung einer Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner festgestellt hatte, BVerfG 19.02.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

Aufgrund des Verweises auf die eherechtlichen Vorschriften steht nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft dem ein gemeinsames Kind betreuenden Partner über § 16 Satz 2 LPartG ein Unterhaltsanspruch in entsprechender Anwendung des den Betreuungsunterhalt für geschiedene Elternteile regelnden § 1570 BGB zu.

2. Entwicklung der Betreuungsunterhaltsansprüche der geschiedenen und der nichtehelichen Mutter bis zum 31.12.2007

Um die Rechtslage in Österreich mit der in Deutschland vergleichen zu können, soll zunächst die Entwicklung der gesetzlichen Betreuungsunterhaltsansprüche geschiedener und nichtehelicher Elternteile in Deutschland bis zu deren mit Wirkung zum 01.01.2008³³¹ durch das „Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts“³³² (UÄndG) erfolgten bisher letzten Reform dargestellt werden.

a. Entwicklung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Mutter bis zum 31.12.2007

In Deutschland wurde mit Wirkung zum 01.07.1977³³³ durch das „Erste[...] Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)“ vom 14.06.1976³³⁴ das bis dahin für Scheidungen geltende Verschuldensprinzip zugunsten des Zerrüttungsprinzips aufgegeben.³³⁵

Für den nachehelichen Unterhalt gilt seitdem gem § 1569 BGB der Grundsatz der Eigenverantwortung, der nur durch die in den §§ 1570 bis 1576 BGB im einzelnen genannten Unterhaltstatbestände durchbrochen wird.

Das 1. EheRG hat für geschiedene Elternteile mit dem neu eingefügten § 1570 BGB aF³³⁶ einen Betreuungsunterhaltsanspruch geschaffen, der wegen der allgemein gehaltenen Formulierung „solange und soweit [...] wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“ grundsätzlich ohne zeitliche Beschränkung bestand.

Die Regelung zum nachehelichen Betreuungsunterhalt war von Anfang an geschlechtsneutral formuliert, sodass der Unterhaltsanspruch nicht nur der Mutter, sondern auch dem Vater zustehen konnte, wenn die Kinder nach der Scheidung in seinem Haushalt ihren Lebensmittelpunkt hatten und überwiegend von ihm versorgt und erzogen wurden.³³⁷

³³¹ dBGBl 2007 I, 3189 (Art 4 leg cit).

³³² dBGBl 2007 I, 3189.

³³³ dBGBl I 1976, 1421 (Art 12 Z 13a leg cit).

³³⁴ dBGBl I 1976, 1421.

³³⁵ Vgl BT-Drucks 7/650, 104-117; BT-Drucks 7/4361, 8-13, 29.

³³⁶ dBGBl I 1976, 1421 (Art 1 Z 20 leg cit).

³³⁷ Köhler in Rebmann/Säcker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹ (1978) § 1570 BGB Rz 6.

Vereinfacht ausgedrückt ging die Rechtsprechung also davon aus, dass die Betreuung eines unter 8-jährigen Kindes faktisch mit einer Vollzeittätigkeit gleichzusetzen sei. Die Mutter könne ihre Betreuungsaufgabe bei einem Kind dieser Altersgruppe nämlich nur dann voll erfüllen, wenn ihr eigener Lebensbedarf durch Unterhalt sichergestellt sei.³⁴⁴

Bei Betreuung eines schulpflichtigen Kindes im Alter zwischen 8 und 15 Jahren – jedenfalls aber ab 11 Jahren³⁴⁵ – wurde wegen des in diesem Alter regelmäßig bereits deutlich reduzierten Versorgungs- und Erziehungsaufwands die Obliegenheit zur Aufnahme einer Teilzeit- bis hin zu einer Halbtagsbeschäftigung angenommen.³⁴⁶

Erst ab dem 15.³⁴⁷ oder spätestens 16.³⁴⁸ Geburtstag des Kindes wurde für den betreuenden Elternteil idR eine Vollzeitbeschäftigung für zumutbar erachtet, da ein Kind ab diesem Alter im Allgemeinen wegen der Aufnahme einer beruflichen Ausbildung oder dem Übertritt in den letzten Abschnitt der schulischen Ausbildung einen derartigen Selbstständigkeitsgrad erreicht habe, dass es nur noch in geringem Umfang der elterlichen Versorgung und Unterstützung bedürfe.³⁴⁹

IVb ZR 608/80, FamRZ 1982, 25 (27) für ein noch nicht schulpflichtiges Kind; IVb ZR 363/81, FamRZ 1983, 456 (458) für ein Kind bis zum Ende der 2. Grundschulklasse unter Billigung von OLG München, Rechtsprechungshinweise der Münchner Familiensenate des Oberlandesgerichts München zum Unterhaltsrecht für die Zeit ab 1.1.1983, FamRZ 1983, 20 (21) Z 3.2; BGH IVb ZR 51/82, FamRZ 1984, 356.

³⁴⁴ Willutzki, Referat, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages (1992) M33-M57 (M42).

³⁴⁵ So zB die unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Bremen (B.6.a) und des OLG Celle (III.4), jeweils Stand 01.01.1985, abgedruckt in Kalthoener/Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts³ (1985) Rz 8 und 9, wonach eine Teil-Erwerbsobliegenheit jedenfalls bei Betreuung (nur) eines Kindes erst ab dem vollendeten 11. Lebensjahr bzw. nach dem Ende der Grundschulzeit als zumutbar erachtet wurde; so im Ergebnis auch Limbach, NJW 1982, 1721 (1727), die das Betreuungsbedürfnis des Kindes zumindest während dessen Grundschulzeit noch als primär berücksichtigungswürdig einstufte; kritisch hierzu Richter in Rebmann/Säcker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 7³ (1993) § 1570 BGB Rz 10 unter Verweis auf die gesellschaftliche Realität, wonach Mütter von Grundschulkindern auch in bestehenden Partnerschaften zunehmend erwerbstätig seien.

³⁴⁶ BGH IV ZR 87/79, FamRZ 1980, 40 (42); IVb ZR 522/80, FamRZ 1980, 771 (772); IVb ZR 549/80, FamRZ 1981, 17 (18) – alle zur Betreuung eines 11-jährigen Kindes; IVb ZR 556/80, FamRZ 1981, 752 (754) zur Betreuung eines 15-jährigen Kindes; IVb ZR 80/82, FamRZ 1984, 769 (770) zur Betreuung eines 11-15-jährigen Kindes unter Hinweis auf die Berücksichtigungsfähigkeit des erhöhten Betreuungsbedarfs sog. „Problemkinder“; IVb ZR 44/83, FamRZ 1985, 50 (51) zur Betreuung eines 16-jährigen Kindes; Griesche, FamRZ 1981, 423 (424) zur Betreuung eines Kindes nach Abschluss der ersten oder im Einzelfall der zweiten Grundschulklasse; Richter in Rebmann/Säcker (Hrsg), MüKo Bd. 7 (1993) § 1570 BGB Rz 11.

³⁴⁷ BGH IVb ZR 344/81, FamRZ 1983, 569 (571); unterhaltsrechtliche Leitlinien des OLG München (III.2), Stand 01.01.1985, abgedruckt in Kalthoener/Büttner, Rechtsprechung Rz 16; OLG Frankfurt 1 WF 393/77, FamRZ 1979, 139 zumindest bei schlechten Einkommensverhältnissen; Häberle in Soergel Familienrecht I (1988) § 1570 BGB Rz 10; aA für Vollzeit-Erwerbsobliegenheit erst ab Volljährigkeit des zu betreuenden Kindes; Griesche, FamRZ 1981, 423 (425); unterhaltsrechtliche Leitlinien des OLG Celle (III.4), abgedruckt in Kalthoener/Büttner, Rechtsprechung Rz 9; Limbach, NJW 1982, 1721 (1722).

³⁴⁸ A. Derleder/P. Derleder, FamRZ 1977, 587 (590); Kindermann in Brühl/Wax/Göppinger (Hrsg), Unterhaltsrecht (1994) Rz 1188.

³⁴⁹ A. Derleder/P. Derleder, FamRZ 1977, 587 (590) unter Hinweis auf denkbare Fallgestaltungen, in denen im Einzelfall auch bereits vor Vollendung des 16. Lebensjahres oder erst später die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit angebracht erscheinen könne; Kindermann in Brühl/Wax/Göppinger (Hrsg), Unterhaltsrecht (1994) Rz 1188; aA Griesche, FamRZ 1981, 423 (425) unter Hinweis darauf, dass die Begriffe „Pfle-

Bei Alleinbetreuung von zwei oder mehr Kindern wurde allgemein ausgehend von deren Alter und Anzahl sowie weiteren Umständen von einem späteren Einsetzen der Erwerbsobliegenheit als bei Betreuung von nur einem Kind ausgegangen.³⁵⁰

Daneben waren nach allgemeinen Grundsätzen bei Auslegung der in § 1570 BGB aF enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe „solange und soweit [...] eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“ im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens die weiteren individuellen Umstände des jeweils zu beurteilenden Einzelfalls wie zum Beispiel Alter, Gesundheitszustand, Ausbildung sowie frühere Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils, Ehedauer und wirtschaftliche Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen.³⁵¹

Zum Teil³⁵² wurde die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung dadurch als indiziert angesehen, dass diese bereits während bestehender Ehe ausgeübt worden sei, was mit der Begründung kritisiert worden ist, dass mit der Trennung in aller Regel die Betreuungsbelastung für den nunmehr allein erziehenden Elternteil deutlich steige.³⁵³

Die vorstehend beschriebenen, oft vereinfachend als sogenanntes „0-8-15-Modell“³⁵⁴ [sic] bezeichneten Grundsätze wurden – teils allgemeiner formuliert und teils mit nuancierten Abwandlungen – von den meisten Oberlandesgerichten in ihren unterhaltsrechtlichen Leitlinien³⁵⁵ übernommen und auch im Schrifttum³⁵⁶ ganz überwiegend gebilligt.³⁵⁷

ge“ und „Erziehung“ in § 1570 BGB nach der Gesetzesbegründung ebenso wie in § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB auszulegen seien, wonach die Gleichwertigkeit der Betreuung des Kindes mit dem Barunterhalt erst mit Eintritt der Volljährigkeit endet.

³⁵⁰ BGH IVb 629/80, FamRZ 1982, 148 (150); XII ZR 42/89, FamRZ 1990, 989 (991); Kindermann in Brühl/Wax/Göppinger (Hrsg), Unterhaltsrecht (1994) Rz 1189, der bei Betreuung von drei und mehr Kindern eine Erwerbstätigkeit generell als unzumutbar ansah; Richter in Rebmann/Säcker (Hrsg), MüKo Bd. 7 (1993) § 1570 BGB Rz 13; Schwab, Handbuch Rz 244; Häberle in Soergel Familienrecht I (1988) § 1570 BGB Rz 11.

³⁵¹ So zB BGH IVb 629/80, FamRZ 1982, 148 (150); IVb ZR 18/88, FamRZ 1989, 487.

³⁵² BGH IVb ZR 600/80, FamRZ 1981, 1159 (1161).

³⁵³ Kalthoener/Büttner, Rechtsprechung Rz 219; differenzierend Richter in Rebmann/Säcker (Hrsg), MüKo Bd. 7 (1993) § 1570 BGB Rz 15.

³⁵⁴ Laut Wellenhofer, Die Unterhaltsrechtsreform nach dem Urteil des BVerfG zum Betreuungsunterhalt, FamRZ 2007, 1282 (1283) wurde diese Bezeichnung wohl von Frank Klinkhammer kreiert.

³⁵⁵ In alphabetischer Reihenfolge von OLG Bamberg bis OLG Zweibrücken für insgesamt 18 Oberlandesgerichtsbezirke abgedruckt in Kalthoener/Büttner, Rechtsprechung Rz 5–22.

³⁵⁶ Ua Kalthoener/Büttner, Rechtsprechung Rz 215–220; Richter in Rebmann/Säcker (Hrsg), MüKo Bd. 7 (1993) § 1570 BGB Rz 8–14.

³⁵⁷ Bei den unterhaltsrechtlichen Leitlinien handelt es sich um Auslegungshinweise für die im Unterhaltsrecht sehr zahlreich vorkommenden unbestimmten Rechtsbegriffe, die für die Richter zwar nicht bindend sind, aber doch im Regelfall beachtet werden und damit Rechtssicherheit und Rechtsklarheit schaffen und zur gütlichen außergerichtlichen Beilegung von Unterhaltsfragen beitragen, vgl hierzu beispielsweise die Vorbemerkung der Leitlinien des Oberlandesgerichts Bremen, abgedruckt in Kalthoener/Büttner, Rechtsprechung Rz 8.

Nach der Rechtsprechung des BGH³⁵⁸ hatte der Unterhaltsschuldner, der eine Abweichung von den in den unterhaltsrechtlichen Leitlinien festgehaltenen Erfahrungssätzen behauptete, deren Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen.

b. Entwicklung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter bis zum 31.12.2007

Ein Unterhaltsanspruch wegen Pflege und Erziehung eines nichtehelichen Kindes ist in § 1615I Abs 2 Satz 3 bis 5 BGB geregelt, dessen Entwicklung zunächst dargestellt wird.

aa. Rechtsstand bei Inkrafttreten des BGB zum 01.01.1900

Bei Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zum 01.01.1900 existierte in § 1715 Abs 1 BGB aF³⁵⁹ nur eine Regelung, die den Vater eines unehelichen Kindes – beide galten nach dem damaligen § 1589 Abs 2 BGB aF³⁶⁰ im rechtlichen Sinne noch nicht als verwandt – verpflichtete, der Kindesmutter neben den Kosten der Geburt und etwaiger weiterer schwangerschafts- oder entbindungsbedingter Aufwendungen für die ersten sechs Wochen nach der Geburt die in dieser Zeit üblicherweise anfallenden Unterhaltskosten zu ersetzen.

Der Anspruch auf Ersatz der sogenannten Sechswochenkosten³⁶¹ galt unabhängig davon, ob der Lebensbedarf der unehelichen Mutter in dieser Zeit bereits in anderer Weise, zB durch Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers nach § 12 Mutterschutzgesetz, gedeckt war.³⁶²

Hauptmotive des Gesetzgebers für die Schaffung des § 1715 BGB aF waren die Verbesserung des Lebensstarts für neugeborene uneheliche Kinder sowie die Schaffung einer Regressmöglichkeit für die gesetzliche Krankenversicherung.³⁶³

³⁵⁸ BGH IVb ZR 363/81, FamRZ 1983, 456 (458).

³⁵⁹ Schulte-Nölke in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger. BGB-Synopse 1896-2005: Gesamtausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches von seiner Verkündung 1896 bis 2005 mit sämtlichen Änderungen im vollen Wortlaut in synoptischer Darstellung ; Anhang: Ehegesetz von 1938, Ehegesetz von 1946 mit allen Änderungen bis 1998, Testamentsgesetz von 1938²⁰⁰⁵ (2006) § 1715 BGB.

³⁶⁰ Schulte-Nölke in BGB-Synopse (2006) § 1589 BGB.

³⁶¹ So zum Beispiel die Überschrift der Kommentierung von Lauterbach in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch²⁷ (1968) zu § 1715 BGB.

³⁶² Brühl, Unterhaltsrecht. Grundbegriffe und Praxis² (1963) 108; Göppinger in J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen¹⁰ (1969) § 1715 BGB Rz 15-17.

³⁶³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band IV. Familienrecht² (1896) 907; Opet, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1899) 409.

Die Vorschrift war damals noch nicht als Unterhaltsanspruch, sondern als ein auf Billigkeitsgründen beruhender gesetzlicher Entschädigungsanspruch³⁶⁴ ausgestaltet.³⁶⁵

bb. Änderung durch das Nichteelichengesetz zum 01.07.1970

Durch das zum 01.07.1970³⁶⁶ in Kraft getretene „Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder“³⁶⁷ (NEhelG) wurde auf Veranlassung des BVerfG, das dem deutschen Gesetzgeber mit Beschluss vom 29.01.1969³⁶⁸ eine Umsetzungsfrist zur Schaffung gleicher Entwicklungs- und Sozialbedingungen für uneheliche Kinder gem Art 6 Abs 5 GG gesetzt hatte, in § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB aF erstmals ein Betreuungsunterhaltsanspruch für nichteheliche Mütter eingeführt, auch wenn dieser Begriff damals noch nicht etabliert war.³⁶⁹

Der Betreuungsunterhaltsanspruch begann nach § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB aF frühestens vier Monate vor der Geburt des Kindes und endete spätestens ein Jahr nach der Entbindung. Damit sollte den psychologischen und pädagogischen Erkenntnissen Rechnung getragen werden, wonach das erste Lebensjahr für die Förderung der kindlichen Entwicklung und einer stabilen Mutter-Kind-Bindung von besonderer Bedeutung sei.³⁷⁰

Voraussetzung für den Anspruch war, dass die Mutter nicht oder nur in reduziertem Umfang erwerbstätig war, „weil das Kind anderenfalls nicht versorgt werden könnte“, § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB aF, was der BGH³⁷¹ und ein Teil der Literatur³⁷² nur dann annahm, wenn objektiv keine zumutbare anderweitige Betreuungsmöglichkeit für das Kind – beispielsweise bei der Großmutter oder in einer Tagesstätte – verfügbar war.

cc. Reform durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz zum 01.10.1995

Das „Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG)“ vom 21.08.1995³⁷³ hat sodann – als weiteren Schritt zur Umsetzung des Verfassungsauftrags nach Art 6 Abs

³⁶⁴ Motive 907-908; Opet, Verwandtschaftsrecht 409. aA Schwab, Unterhalt 2014, FF 2012, 138 (142), der den Anspruch in Anlehnung an das gemeine Recht als deliktischen Schadensersatzanspruch infolge Schwängerung sieht, wogegen aber spricht, dass das BGB dem außerehelichen Beischlaf keinen Deliktscharakter beimisst, vgl Motive 907 und Opet, Verwandtschaftsrecht 408-409.

³⁶⁵ Ausführlich zur Entstehung, zur Rechtsnatur und zum Regelungsgehalt von § 1715 BGB aF: Baumgarten, Die Entstehung des Unehelichenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch (2007), 226-245; Weiser, Änderungsbedarf beim Betreuungsunterhaltsanspruch unverheirateter Elternteile (2002), 19-27.

³⁶⁶ dBGBI I 1969, 1243 (§ 27 leg cit).

³⁶⁷ dBGBI I 1969, 1243.

³⁶⁸ Beschluss vom 29.01.1969, BVerfG 1 BvR 26/66, NJW 1969, 597.

³⁶⁹ Weiser, Änderungsbedarf 28.

³⁷⁰ BT-Drucks V/2370, 56.

³⁷¹ BGH IV b ZR 53/83, NJW 1985, 806 (807).

³⁷² Brüggemann, Die Ansprüche der Mutter gegen den außerehelichen Schwängerer, FamRZ 1971, 140 (146); Diederichsen in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁴¹ (1982) § 1615I BGB Anm 2; Maurer in Brühl/Wax/Göppinger (Hrsg), Unterhaltsrecht (1994) Rz 971.

³⁷³ dBGBI I 1995, 1050.

5 GG³⁷⁴ – die Dauer des Betreuungsunterhalts mit Wirkung zum 01.10.1995³⁷⁵ auf bis zu drei Jahre verlängert (§ 1615I Abs 2 Satz 3 2. HS BGB aF)³⁷⁶ und die Geltendmachung des Anspruchs insoweit erleichtert, als dieser nunmehr – insoweit ist die Regelung seither unverändert – bereits besteht, „soweit von der Mutter wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden“ kann, § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB.

§ 1615I Abs 2 Satz 2 BGB wurde dabei weitgehend an den Wortlaut von § 1570 BGB aF angepasst, wobei von einer Übernahme der Worte „solange und“ abgesehen wurde, da der Betreuungsunterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter anders als der geschiedener Elternteile weiterhin zeitlich befristet war.³⁷⁷

Durch die Neuregelung sollte auch für nichteheliche Kinder jedenfalls bis zu deren dritten Geburtstag – ab dem durch den zum 01.01.1996 neu gefassten § 24 Abs 1 Satz 1 SGB VIII aF³⁷⁸ erstmals ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz eingeführt worden war – eine persönliche Betreuung durch die Mutter ermöglicht werden,³⁷⁹ die in dieser Altersphase in aller Regel dem Kindeswohl am besten entspreche.³⁸⁰

Anders als nach der früheren Regelung, bei der die Mutter nach der Rechtsprechung des BGH noch nachzuweisen hatte, dass objektiv keine anderweitige Betreuungsmöglichkeit für das Kind, zum Beispiel bei den Großeltern oder in einem Kindergarten bestand³⁸¹, enthält die Vorschrift nunmehr nur noch ein sogenanntes „eingeschränktes Kausalitätserfordernis“.³⁸²

Ausreichend für das Bestehen eines Anspruchs nach § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB ist nunmehr wie bei ehelichen Kindern, dass das Kind betreuungsbedürftig ist und tatsächlich von der Mutter betreut wird, ohne dass sich die Mutter auf anderweitige Möglichkeiten zur Versorgung des Kindes verweisen lassen und die Kausalität zwischen der Betreuung des Kindes und der Nichterwerbstätigkeit nachweisen muss,³⁸³ sodass der Anspruch auch

³⁷⁴ BT-Drucks 13/1850, 24.

³⁷⁵ dBGBI I 1995, 1050 (Art 11 leg cit).

³⁷⁶ dBGBI I 1995, 1050 (Art 6 leg cit).

³⁷⁷ Wever/Schilling, Streitfragen zum Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern wegen Kindesbetreuung, FamRZ 2002, 581 FN 4.

³⁷⁸ dBGBI I 1995, 1775 (Art 1 lit b leg cit).

³⁷⁹ BT-Drucks 13/1850, 24; Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615I BGB Rz 30.

³⁸⁰ Wever/Schilling, FamRZ 2002, 581.

³⁸¹ BGH IV b ZR 53/83, NJW 1985, 806 (807); Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615I BGB FN 71.

³⁸² BGH XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541 (543; zust Schilling, abl Graba).

³⁸³ BGH XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541 (543; zust Schilling, abl Graba); XII ZR 183/02, FamRZ 2005, 347 (348); XII ZR 121/03 FamRZ 2005, 442 (444; zust Schilling); Büttner, Unterhalt für die nichteheliche Mutter, FamRZ 2000, 781 (782); Wever/Schilling, FamRZ 2002, 581 (582); aA noch Büdenbender, Der Unterhaltsanspruch des Vaters eines nichtehelichen Kindes gegen die Kindesmutter, FamRZ 1998, 129 (136) mwN; OLG Zweibrücken 5 UF 126/96, FamRZ 1998, 554 (555); OLG Hamm 8 UF 390/96, FamRZ 1998, 1254 (1256), das zwar eine Kausalität zwischen der Betreuung des Kindes und der Erwerbslosigkeit der Mutter für erforderlich hält, diese aber zugunsten der Mutter vermutet und den Gegenbeweis dem unterhaltspflichtigen Vater auferlegt.

dann besteht, wenn die Mutter schon zuvor, sei es wegen der Betreuung eines anderen Kindes oder aus anderen Gründen, erwerbslos war.³⁸⁴

dd. Änderungen durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz zum 01.07.1998

Das „Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – Kind-RG)“ – vom 16.12.1997³⁸⁵ hat § 1615l Abs 2 Satz 3 2. HS BGB aF sodann mit Wirkung zum 01.07.1998³⁸⁶ dahingehend abgeändert, dass der Betreuungsunterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter zwar weiter grundsätzlich befristet blieb, aber ausnahmsweise dann über das vollendete dritte Lebensjahr des nichtehelichen Kindes hinaus verlängert werden konnte, wenn es „insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen.“³⁸⁷

Ziel war die Vermeidung von unbilligen Härten, die eine fixe zeitliche Begrenzung im Hinblick auf die Belange des Kindes bewirken könne, zum Beispiel wenn dieses wegen einer Behinderung auch über den dritten Geburtstag hinaus eine persönliche Betreuung durch die Mutter benötige und es deshalb der Billigkeit entspreche, den Vater über die Zahlung von Betreuungsunterhalt an die Mutter weiter in die Pflicht zu nehmen.³⁸⁸

Der Bundesrat hatte im Hinblick auf Art 6 Abs 5 GG, wonach „unehelichen Kindern [...] durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen“ sind wie ehelichen Kindern im Gesetzgebungsverfahren Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der durch das KindRG vorgesehenen Neuregelung geäußert und einen abweichenden Gesetzesvorschlag unterbreitet, wonach für den Betreuungsunterhaltsanspruch ab dem vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes § 1570 BGB entsprechend anwendbar gewesen wäre,³⁸⁹ der sich allerdings nicht durchgesetzt hat.

Damit eine grobe Unbilligkeit iSv § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB zu bejahen war, musste „die Versagung des Anspruchs dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise“ widersprechen,³⁹⁰ wobei überwiegend zwischen kindbezogenen und elternbezogenen Verlängerungsgründen differenziert wurde.³⁹¹

³⁸⁴ BGH XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541 (543; zust Schilling, abl Graba); OLG Hamm 2 WF 288/96, FamRZ 1997, 632 (633); Büttner, FamRZ 2000, 781 (782); Diederichsen in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁵⁵ (1996) § 1615l BGB Rz 7.

³⁸⁵ dBGBl I 1997, 2942.

³⁸⁶ dBGBl I 1997, 2942 (Art 17 § 1 leg cit).

³⁸⁷ dBGBl I 1997, 2942 (Art 1 Z 5 lit a leg cit).

³⁸⁸ BT-Drucks 13/4899, 89.

³⁸⁹ BT-Drucks 13/4899, 149.

³⁹⁰ Born in Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2002) § 1615l BGB Rz 26.

³⁹¹ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1367; zust Schilling); OLG Frankfurt 2 UF 335/98, FamRZ 2000, 1522 (1523); Schilling in Kaiser/Schnitzler/Friederici (Hrsg), Anwaltkommentar BGB (2005) § 1615l BGB Rz 11–13; Ehinger, Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 25 (26); Puls, Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FamRZ 1998, 865 (872–873); Wellenhofer-Klein, Die mittelbare Diskriminierung des nichtehelichen Kindes durch § 1615l BGB, FuR 1999, 448 (454).

Kindbezogene Gründe wurden zB – neben dem bereits in der amtlichen Begründung genannten Fall einer Behinderung des Kindes³⁹² – bei sonstigen, eine permanente Verfügbarkeit der Mutter für das Kind erforderlich machenden Konstellationen wie etwa chronischen Krankheiten sowie körperlichen oder geistigen Entwicklungsdefiziten angenommen;³⁹³ der bloße Wunsch der Mutter, ihr Kind persönlich zu betreuen oder die generellen positiven Wirkungen einer fortdauernden mütterlichen Betreuung waren demgegenüber nicht ausreichend.³⁹⁴

Elternbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinaus wurden insbesondere dann angenommen, wenn der auf Unterhalt in Anspruch genommene Elternteil gegenüber dem kinderbetreuenden Elternteil einen besonderen Vertrauenstatbestand gesetzt hatte, der zum Beispiel in der Verwirklichung eines gemeinsamen Kinderwunsches innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen konnte, wenn sich die Partner darüber einig waren, dass das gemeinsame Kind durch einen von ihnen betreut wird und der andere für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufkommt.³⁹⁵

Durch das KindRG³⁹⁶ wurde zudem – zur Angleichung an den von Anfang an geschlechtsunabhängig ausgestalteten § 1570 BGB³⁹⁷ und in Umsetzung des in Art 3 GG enthaltenen Gebots zur Gleichbehandlung von Mann und Frau und des Verfassungsauftrags gem Art 6 Abs 5 GG zur Schaffung gleicher Bedingungen für nichteheliche Kinder³⁹⁸ – auch zugunsten des sein nichteheliches Kind betreuenden³⁹⁹ Vaters die Möglichkeit geschaffen, den in § 1615l Abs 2 Satz 2 BGB geregelten Betreuungsunterhalt gegenüber der Kindesmutter geltend zu machen, § 1615l Abs 5 BGB.⁴⁰⁰

3. Verfassungswidrigkeit von § 1615l BGB aF

Die Verfassungsmäßigkeit dieser grundlegend unterschiedlichen Ausgestaltung der in § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB und in § 1570 BGB geregelten Betreuungsunterhaltsansprüche war in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten.

³⁹² BT-Drucks 13/4899, 89.

³⁹³ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1367; zust Schilling); Büdenbender, FamRZ 1998, 129 (136).

³⁹⁴ Büdenbender, FamRZ 1998, 129 (136).

³⁹⁵ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1367; zust Schilling); OLG Frankfurt 2 UF 335/98, FamRZ 2000, 1522 (1523).

³⁹⁶ dBGBI I 1997, 2942 (Art 5 Z 5 lit b leg cit).

³⁹⁷ Vgl Abschnitt IV.2.a. dieser Arbeit.

³⁹⁸ Büdenbender, FamRZ 1998, 129 (129, 131).

³⁹⁹ Entscheidend ist, dass das nichteheliche Kind tatsächlich durch den Vater betreut wird, die sorgerechtliche Regelung ist dagegen grundsätzlich nicht maßgeblich, Born in Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo (2002) § 1615l BGB Rz 45; Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Der Unterhaltsprozess⁶ (2013) Kapitel 2 Rz 1577.

⁴⁰⁰ Die Regelung wurde durch das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ vom 26.11.2001 – dBGBI I 2001, 3138 – mit Wirkung zum 01.01.2002 – dBGBI I 2001, 3138 (Art 1 Z 70 lit b leg cit) – in den weiterhin gültigen § 1615l Abs 4 BGB verschoben, dBGBI I 2001, 3138 (Art 9 Abs 1 leg cit).

a. Verneint durch BGH-Urteil vom 05.07.2006

Der BGH hatte noch mit Urteil vom 05.07.2006⁴⁰¹ gestützt auf die überwiegende Ansicht in Literatur⁴⁰² und Rechtsprechung⁴⁰³ eine verfassungswidrige Benachteiligung nichtehelich geborener Kinder gegenüber einer Ehe ihrer Eltern entstammender Kinder mit der Begründung verneint, es sei im Hinblick auf das nach Art 6 Abs 2 GG geschützte Elternrecht und das besonders zu beachtende Kindeswohl ausreichend, dass durch die beiden Regelungen für alle Kinder gleichermaßen in den für die kindliche Entwicklung besonders wichtigen ersten drei Lebensjahren eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil sichergestellt sei.⁴⁰⁴ Soweit nach dem dritten Geburtstag eines nichtehelichen Kindes im Einzelfall keine, dessen körperliche und seelische Entwicklung hinreichend gewährleistende Fremdbetreuung – also etwa nur ein Halbtags- und kein Ganztagsplatz im Kindergarten – verfügbar sei, ermögliche bereits eine unter Berücksichtigung der kindlichen Belange vorzunehmende, verfassungskonform an Art 6 Abs 5 GG orientierte weite Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der groben Unbilligkeit iSv § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB eine Verlängerung des Betreuungsunterhaltsanspruchs.⁴⁰⁵

Eine Gleichbehandlung der Unterhaltsansprüche sei auch nicht nach Art 3 Abs 1 GG geboten, da die ihnen zugrunde liegenden Sachverhalte nicht gleich gelagert seien. So sei der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB auch in der von Art 6 Abs 1 GG umfassten nachehelichen Solidarität begründet und werde dem geschiedenen Ehegatten damit auch für sich selbst gewährt. Demgegenüber werde der Unterhalt nach § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB nur im Interesse des Kindes gewährt, da aufgrund der Vielgestaltigkeit der möglichen Umstände, die zur Zeugung eines nichtehelichen Kindes führen können – die sich auch auf einen einmaligen sexuellen Kontakt beschränken könnten – regelmäßig nicht davon ausgegangen werden könne, dass es dafür über die Gewährleistung der erforderlichen Betreuung zum Wohl des nichtehelichen Kindes hinausgehend noch einen weiteren Sachgrund gebe.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (zust Schilling).

⁴⁰² Ua Büttner, FamRZ 2000, 781 (786); Schilling in Kaiser/Schnitzler/Friederici (Hrsg), Anwaltkommentar (2005) § 1615l BGB Rz 11; P. Derleder, Der eheunabhängige Unterhalt für Alleinerziehende, DEuFamR 1999, 84 (90); Wellenhofer-Klein, FuR 1999, 448 (454); Wever, Zur unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts nach § 1615l und § 1570 BGB, FF 2005, 174 (176); Wever/Schilling, FamRZ 2002, 581 (583-584).

⁴⁰³ Ua OLG Celle 21 UF 96/01, FamRZ 2002, 636; OLG Düsseldorf II-2 UF 125/04, FamRZ 2005, 1772; OLG Frankfurt 2 UF 335/98, FamRZ 2000, 1522; OLG Karlsruhe 2 UF 6/03, FamRZ 2004, 974.

⁴⁰⁴ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1364; zust Schilling).

⁴⁰⁵ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1365-1366; zust Schilling).

⁴⁰⁶ BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1364; zust Schilling).

b. Bejaht durch BVerfG-Beschluss vom 28.02.2007

aa. Verletzung von Art 6 Abs 5 GG

Das BVerfG demgegenüber hat mit Beschluss vom 28.02.2007⁴⁰⁷ im Verfahren über den Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des OLG Hamm vom 16.08.2004⁴⁰⁸ in Übereinstimmung mit einem Teil der Rechtsprechung⁴⁰⁹ und Lehre⁴¹⁰ festgestellt, dass die unterschiedliche Regelung der Betreuungsunterhaltsansprüche in § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB einerseits und § 1570 BGB andererseits gegen Art 6 Abs 5 GG verstößt und dem Gesetzgeber eine Frist zur Schaffung einer verfassungsgemäßen Regelung bis spätestens 31.12.2008 gesetzt.

Das BVerfG hat seine Entscheidung damit begründet, dass es eine Benachteiligung von nichtehelichen Kindern iSv Art 6 Abs 5 GG darstelle, wenn sie lediglich in den ersten drei Lebensjahren in den Genuss persönlicher elterlicher Betreuung durch ihren alleinerziehenden Elternteil kämen, während es dem geschiedenen Elternteil eines ehelichen Kindes durch die unterhaltsrechtliche Absicherung des eigenen Lebensbedarfs zumindest bis zum achten Lebensjahr des Kindes ermöglicht werde, sich bis dahin selbst dessen Erziehung und Pflege zu widmen.⁴¹¹

Die kürzere Dauer des Unterhaltsanspruchs nach § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB sei weder durch die soziale Situation nichtehelicher Kinder, die von der ehelicher Kinder nicht entscheidend abweiche, noch durch die möglichen Unterschiede im Verhältnis ihrer Eltern zueinander gerechtfertigt, da Art 6 Abs 5 GG diesbezüglich eine Ungleichbehandlung gerade verbiete und das elterliche Erziehungsrecht gem Art 6 Abs 2 GG gleichermaßen den Eltern ehelicher wie auch nichtehelich geborener Kinder zustehe.⁴¹²

Da die Bedürfnisse ehelicher und nichtehelicher Kinder grundsätzlich identisch seien, untersage es Art 6 Abs 5 GG dem Gesetzgeber, bei ehelichen Kindern „die Dauer der für notwendig erachteten persönlichen Betreuung [...] anders zu bemessen“ als bei nichtehelichen Kindern.⁴¹³

Auch der Gesichtspunkt der naheheiligen Solidarität biete keine Rechtfertigung für die längere Dauer des in § 1570 BGB geregelten Unterhaltsanspruchs, da dieser – ebenso wie der Anspruch nach § 1615I BGB⁴¹⁴ – seinen Rechtsgrund nach seinem Wortlaut und

⁴⁰⁷ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04.

⁴⁰⁸ OLG Hamm 5 UF 262/04, FamRZ 2004, 1893 (zust Mehrle).

⁴⁰⁹ Ua KG Berlin 16 UF 6/04, FamRZ 2004, 1895; OLG Hamm 5 UF 262/04 (zust Mehrle).

⁴¹⁰ Ua Bäumel in Bäumel/Büte/Poppen, Unterhaltsrecht. Kommentar (2006) § 1615I BGB Rz 8; C. Huber, Unterhaltsverpflichtung des nichtehelichen Vaters gegenüber Kind und Mutter, FPR 2005, 189 (191); Luthin, Unterhaltsrecht – quo vadis, FPR 2004, 567 (569); Müller, Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Begrenzung des Betreuungsunterhalts für unverheiratete Mütter? DAVorm 2000, 829 (836); Born in Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo (2002) § 1615I BGB Rz 6, 26 und 28; Puls, FamRZ 1998, 865 (868–869); Seidel, Der Anspruch der Mutter eines nichtehelich geborenen Kindes gegen den Kindesvater auf Betreuungsunterhalt im Lichte des Verfassungsrechts (2000) 163–169.

⁴¹¹ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 50.

⁴¹² BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 52 und 53.

⁴¹³ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 59.

⁴¹⁴ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 44.

seiner Entstehungsgeschichte allein in der Kinderbetreuung habe, zumal Art 6 Abs 5 GG eine Besserstellung von Kindern aufgrund der vom Schutz des Art 6 Abs 1 GG umfassten Ehe ihrer Eltern gerade verbiete.⁴¹⁵

Entgegen der Ansicht des BGH sei ein verfassungskonformer Zustand nicht durch eine weite Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „unbilligen Härte“ iSv § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB herstellbar, da diese nur bei Vorliegen besonderer kind- oder elternbezogener Gründe und damit nicht bei allen nichtehelichen Kindern in Betracht komme, während der alleinerziehende Elternteil eines ehelich geborenen Kindes zumindest bis zu dessen achten Lebensjahr durch die Absicherung des eigenen Unterhalts die volle Wahlfreiheit habe, sich bis dahin ganz dessen Betreuung zu widmen.⁴¹⁶ Auch eine Umkehr des in § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB vorgesehenen Regel-Ausnahme-Prinzips durch grundsätzliche Bejahung einer „unbilligen Härte“ und damit Verlängerung des Betreuungsunterhalts für nichteheliche Kinder komme nicht in Betracht, da dies „die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung überschreiten“ würde.⁴¹⁷

bb. Keine Verletzung von Art 6 Abs 2 GG

Eine Verletzung des von Art 6 Abs 2 GG geschützten elterlichen Erziehungsrechts hat das BVerfG dagegen verneint.⁴¹⁸ Es sei irrelevant, „wie lange es aus pädagogischer und psychologischer Sicht für ein Kind und seine körperliche wie seelische Entwicklung am förderlichsten ist, von einem Elternteil umfassend und stetig betreut zu werden“, da das BVerfG „nicht darüber zu befinden [habe], ob beziehungsweise von welchem Alter an davon auszugehen ist, dass ein Kind keinen Schaden nimmt, wenn es jedenfalls eine gewisse Zeit von anderen Personen als seinen Eltern betreut wird, oder ob es nicht sogar durch Fremdbetreuung zum Beispiel im Kindergarten und damit durch das Zusammensein mit anderen Kindern zusätzliche Förderung erhält.“⁴¹⁹ Diese Fragen seien fachwissenschaftlich noch immer nicht eindeutig beantwortet und es unterliege der „Einschätzungsprärogative“ des Gesetzgebers, „wie lange er es in Abwägung des Kindeswohls mit den Interessen der insoweit Berechtigten wie Verpflichteten für angemessen“ halte, „einen solchen Unterhaltsanspruch einzuräumen.“⁴²⁰ Da zudem für alle Kinder ab dem vollendeten dritten Lebensjahr ein gesetzlicher Anspruch auf einen Kindergartenplatz bestehe und damit eine Fremdbetreuung während der Erwerbstätigkeit des Elternteils gesichert sei, bestünden im Hinblick auf Art 6 Abs 2 GG keine Bedenken gegen die grundsätzliche Befristung des Betreuungsunterhaltsanspruchs auf die ersten drei Lebensjahre eines Kindes.

Falls der Gesetzgeber sich aber dafür entscheide, es dem kinderbetreuenden Elternteil jedenfalls für eine bestimmte Zeit durch Zuerkennung eines Unterhaltsanspruchs gegen

⁴¹⁵ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 56-67.

⁴¹⁶ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 68-69.

⁴¹⁷ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 70.

⁴¹⁸ Ausdrücklich bestätigt durch BVerfG 1 BvR 155/98, FuR 2007, 414.

⁴¹⁹ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 48.

⁴²⁰ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 48.

den anderen Elternteil zu ermöglichen, sich in vollem Umfang persönlich der Betreuung des Kindes zu widmen, dann gebiete es Art 6 Abs 5 GG, den Anspruch im Hinblick auf eheliche und nichteheliche Kinder gleich auszugestalten, da das Bedürfnis von Kindern an elterlicher Betreuung nicht danach differiere, ob ihre Eltern miteinander verheiratet seien oder nicht.⁴²¹

cc. Keine Prüfung eines Verstoßes gegen Art 3 Abs 1 GG

Eine Prüfung im Hinblick darauf, ob die unterschiedlichen Regelungsgehalte von § 1570 BGB aF einerseits und § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB aF andererseits wegen unterschiedlicher Behandlung der betreuenden Elternteile ehelicher und nichtehelicher Kinder zudem auch noch gegen Art 3 Abs 1 GG verstoßen, hat das BVerfG mit der Begründung abgelehnt, dass Art 6 Abs 5 GG vorliegend die „maßgebliche Grundrechtsnorm [sei], hinter die eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes zurücktritt.“⁴²²

4. Einarbeitung der Entscheidung des BVerfG in das UÄndG

Die Entscheidung des BVerfG im Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit von § 1615l BGB aF war wegen ihrer möglichen Auswirkungen auf das UÄndG, das sich bereits seit Längerem im Gesetzgebungsverfahren befand und bei dem politisch insbesondere Uneinigkeit über die Rangfolge und die Dauer des Betreuungsunterhaltsanspruchs nichtehelicher Elternteile bestand,⁴²³ „mit Spannung erwartet“⁴²⁴ worden. Nachdem der Beschluss des BVerfG vom 28.02.2007 erst am 23.05.2007 veröffentlicht worden war, stand aufgrund dessen Inhalts schnell fest, dass die Reform nochmals überarbeitet werden musste und nicht wie geplant zum 01.07.2007 in Kraft treten konnte,⁴²⁵ da weder die geplante unterschiedliche Rangfolge der Betreuungsunterhaltsansprüche (geschiedene Elternteile auf dem 2. Rang und nichteheliche Elternteile auf dem 3. Rang des § 1609 BGB), auf die man sich politisch verständigt hatte, noch die vorgesehene weitere Angleichung des Unterhaltsanspruchs nach § 1615l BGB an den nach § 1570 BGB den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG standgehalten hätten.⁴²⁶ Nach nochmaliger Überarbeitung des Gesetzentwurfs und politischer Einigung konnte das UÄndG schließlich bereits am 21.12.2007 verabschiedet werden und zum 01.01.2008⁴²⁷ in Kraft treten.

⁴²¹ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 48.

⁴²² BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 Tz 74; vgl hierzu auch Seidel, Anspruch 48-50.

⁴²³ Siehe zum Gesetzgebungsverfahren und den mit dem UÄndG verfolgten Zielen ausführlich Menne/Grundmann, Das neue Unterhaltsrecht. Einführung – Gesetzgebungsverfahren – Materialien mit Musterberechnungen, Beispielen und Synopse (2008) 14-34.

⁴²⁴ Schilling in Anm zu BGH XII ZR 11/04, FamRZ 2006, 1362 (1370; zust Schilling).

⁴²⁵ Der nach dem Gesetzesentwurf vom 15.06.2006 ursprünglich für den 01.04.2007 geplante Termin für das Inkrafttreten der Reform, vgl BT-Drucks 16/1830, 11, war aufgrund von politischen Differenzen bereits aufgehoben worden.

⁴²⁶ Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 30-31.

⁴²⁷ dBGBI 2007 I, 3189 (Art 4 leg cit).

5. Neuregelung des Unterhalts wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes gem § 1615l Abs 2 Satz 2–5 BGB ab 01.01.2008

Die seit dem 01.01.2008 gültige Neuregelung des in § 1615l Abs 2 Satz 2–5 BGB normierten Betreuungsunterhalts nicht miteinander verheirateter Elternteile wird im Folgenden vorgestellt und kritisch gewürdigt.

a. Wesentlicher Inhalt der Neuregelung

Die Vorschriften zum Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern (§ 1615l Abs 2 Satz 2–5 BGB) und zum Betreuungsunterhalt geschiedener Elternteile in § 1570 BGB wurden im Zuge der Reform zwar weitgehend aneinander angeglichen, aber nicht vollständig identisch ausgestaltet.

So wurde die Regeldauer des Betreuungsunterhalts in § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB und § 1570 Abs 1 Satz 1 BGB einheitlich auf den bisher nur für die Betreuung nichtehelicher Kinder geltenden 3-Jahres-Zeitraum festgeschrieben.⁴²⁸ Außerdem sehen beide Vorschriften eine Möglichkeit zur Verlängerung des Unterhaltsanspruchs über das vollendete dritte Lebensjahr des zu betreuenden Kindes hinaus vor, „solange und soweit dies der Billigkeit entspricht“, ⁴²⁹ wobei „insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen“⁴³⁰ sind.

Anders als § 1615l BGB sieht § 1570 BGB in Abs 2 für geschiedene kinderbetreuende Elternteile unter Berücksichtigung der „nahehelichen Solidarität“⁴³¹ eine zusätzliche Option zur Verlängerung des Unterhaltsanspruchs vor, „wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.“ Es handelt sich hierbei nach dem Willen des Gesetzgebers um einen sogenannten „Annexanspruch“⁴³² zu einem bereits nach § 1570 Abs 1 Satz 2 und 3 BGB zu verlängernden Betreuungsunterhalt, durch den der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Ehe nach Art 6 Abs 1 GG zum Ausdruck gebracht werden soll.⁴³³

b. Zielsetzungen der Reform im Hinblick auf den Betreuungsunterhalt

Die hier interessierende, durch das UÄndG erfolgte Reform von § 1615l Abs 2 BGB, hat der Gesetzgeber zum einen mit der Förderung des Kindeswohls und zum anderen mit der Anpassung des Unterhaltsrechts an geänderte gesellschaftliche Verhältnisse begründet.⁴³⁴

⁴²⁸ BT-Drucks 16/6980, 8.

⁴²⁹ Vgl den Wortlaut von § 1615l Abs 2 Satz 4 BGB einerseits und § 1570 Abs 1 Satz 2 BGB andererseits.

⁴³⁰ So der Wortlaut von § 1615l Abs 2 Satz 5 BGB und § 1570 Abs 1 Satz 3 BGB.

⁴³¹ BT-Drucks 16/6980, 8; Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 51.

⁴³² BT-Drucks 16/6980, 8; Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 51.

⁴³³ BT-Drucks 16/6980, 8.

⁴³⁴ BT-Drucks 16/1830, 1 und 13.

aa. Förderung des Kindeswohls

Den Umstand, dass der Mindestzeitraum für den sogenannten „Basisunterhalt“⁴³⁵ nichtehelicher wie ehelicher Elternteile auf das niedrigere Niveau des § 1615I Abs 2 BGB festgelegt wurde, hat der Gesetzgeber damit begründet, dass die „Dreijahresfrist [...] im Regelfall mit dem Kindeswohl vereinbar“⁴³⁶ sei und mit dieser zudem „an zahlreiche sozialstaatliche Leistungen und Regelungen angeknüpft [werde], insbesondere also an den Anspruch des Kindes auf einen Kindergartenplatz (§ 24 Abs. 1 SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe)“.⁴³⁷

Eine Förderung des Kindeswohls wurde durch die Änderung von § 1615I Abs 2 BGB zudem dadurch angestrebt, dass auch für nichteheliche Elternteile über den bereits nach altem Recht geltenden Basiszeitraum der ersten drei Lebensjahre des Kindes hinaus eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs nicht mehr nur in Fällen grober Unbilligkeit, sondern generell aus kind- und ggf elternbezogenen Billigkeitsgründen in Betracht kommt.⁴³⁸

Mit dem Ziel der Förderung des Kindeswohls wurde auch begründet, dass die Unterhaltsansprüche minderjähriger unverheirateter Kinder und privilegierter volljähriger Kinder iSv § 1603 Abs 2 Satz 2 BGB in § 1609 Z 1 BGB und damit vorrangig gegenüber allen anderen gesetzlich Unterhaltsberechtigten desselben Schuldners eingestuft wurden, da Kinder als die „wirtschaftlich schwächsten Mitglieder der Gesellschaft“⁴³⁹ ihren Lebensunterhalt idR noch nicht selbst verdienen können⁴⁴⁰ und es ihnen daher „am wenigsten zuzumuten [sei], auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen zu sein.“⁴⁴¹

Ebenfalls aus Gründen des Kindeswohls hat das UÄndG die Unterhaltsansprüche aller kinderbetreuenden Elternteile⁴⁴² gleichermaßen in § 1609 Z 2 BGB eingestuft,⁴⁴³ da eine Überprüfung durch das Bundesministerium der Justiz ergeben hatte, dass nur dann bei Konkurrenz von ehelichen und nichtehelichen kinderbetreuenden Elternteilen im Mangelfall – wenn das einzusetzende Einkommen des Unterhaltsschuldners nicht ausreicht,

⁴³⁵ BT-Drucks 16/6980, 8.

⁴³⁶ BT-Drucks 16/6980, 8.

⁴³⁷ BT-Drucks 16/6980, 8.

⁴³⁸ Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 16.

⁴³⁹ M. Klein, Das neue Unterhaltsrecht 2008. Mit Beispielfällen und Musterberechnungen (2008) 173.

⁴⁴⁰ M. Klein, Das neue UnterhR 172–173; Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 16.

⁴⁴¹ Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 16; Willekens, Unterhalt durch Betreuung – eine rechtsvergleichende Perspektive, in Scheiwe/Wersig (Hrsg), Einer zahlt und eine betreut? (2010) 57 (58) wendet hiergegen zu Recht ein, dass eine Trennung der Verwendung des Kindesunterhalts vom eigenen Einkommen des betreuenden Elternteils im Alltag praktisch jedenfalls nicht komplett umsetzbar ist, da ansonsten wirklichkeitsfremd zB Lebensmittel für Kind und Elternteil getrennt eingekauft und verwendet werden müssten.

⁴⁴² Neben den aufgrund langer Ehezeit unterhaltsberechtigten aktuellen oder geschiedenen Ehegatten, § 1609 Z 2 BGB.

⁴⁴³ Haller, Unterm Strich: Die Auswirkungen der Rangfolgenänderung im neuen Unterhaltsrecht, in Scheiwe/Wersig (Hrsg), Einer zahlt und eine betreut? (2010) 215 (221–222); M. Klein, Das neue UnterhR 173–175; Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 16.

um alle Unterhaltspflichten in voller Höhe zu erfüllen⁴⁴⁴ – eine Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern gewährleistet sei.⁴⁴⁵

Haller⁴⁴⁶ wendet hiergegen basierend auf einer Vergleichsberechnung der Haushaltseinkommen einer aus geschiedenem Elternteil mit zwei minderjährigen Kindern bestehenden Alleinerziehenden-Familie vor und nach der zum 01.01.2008 in Kraft getretenen Reform überzeugend ein, dass das mit der Rangfolgenänderung verfolgte Ziel, deren wirtschaftliche Situation zu verbessern, nicht erreicht wurde, sondern sich im Gegenteil sogar verschlechtert habe. Denn durch die Vorrangigkeit des Kindesunterhalts seien in der Mehrzahl der Fälle die auf dem zweiten Rang des § 1609 BGB verorteten Unterhaltsansprüche nicht mehr durchsetzbar, womit aber auch deren steuerliche Begünstigung, die indirekt zu einer Erhöhung des Geschiedenenunterhalts geführt und damit saldiert eine den reinen Kindesunterhalt übersteigende finanzielle Unterstützung bewirkt habe, nicht mehr greifen könne.

bb. Anpassung des Unterhaltsrechts an gesellschaftlichen Wandel

Das weitere vom Gesetzgeber für die Neuregelung des Betreuungsunterhalts benannte Ziel war die Anpassung des Unterhaltsrechts „an eine geänderte gesellschaftliche Wirklichkeit und gewandelte Wertvorstellungen“.⁴⁴⁷ Aufgrund der hohen Frauenerwerbsquote und verbesserten Kinderbetreuungsmöglichkeiten seien die von der Rechtsprechung für die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit geschiedener Elternteile entwickelten Altersgrenzen zwischenzeitlich überholt und würden der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht mehr gerecht.⁴⁴⁸

In der Literatur wurde hiergegen ua von Klein/Schlechta⁴⁴⁹ bereits zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens im Jahre 2005 eingewandt, dass der „von den Reformern behauptete Wertewandel [...] bislang nicht erfolgt“ sei, sondern offenbar mit der Gesetzesänderung erst – auf Kosten der ganz überwiegend kinderbetreuenden Frauen, für die damit „Kinder noch mehr als bisher zum Armutsrisiko“⁴⁵⁰ würden – bewirkt werden solle. Die

⁴⁴⁴ Vgl die Erläuterungen unter Teil C. der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁴⁴⁵ Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 31. Nach § 1609 Abs 2 Satz 1 iVm Abs 1 BGB aF standen die Unterhaltsansprüche von (geschiedenen) Ehegatten neben denen von minderjährigen unverheirateten Kindern an erster Stelle und ihre Unterhaltsansprüche wurden im Mangelfall, der regelmäßig vorlag, gleichermaßen anteilig bedient, wobei sich die steuerliche Begünstigung nachehelicher Unterhaltsansprüche positiv auf deren Höhe auswirkte. Die nichtehelichen Elternteile fielen demgegenüber im Regelfall mit ihren Betreuungsunterhaltsansprüchen aus, was indirekt eine Benachteiligung der nichtehelichen Kinder zur Folge hatte, vgl Haller in Scheiwe/Wersig 215 (221).

⁴⁴⁶ Haller in Scheiwe/Wersig 215 (222-229).

⁴⁴⁷ Bundesministerium für Justiz, Referat Presse – und Öffentlichkeitsarbeit, Wesentliche Inhalte zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, FF 2005, 123 (125).

⁴⁴⁸ Bundesministerium für Justiz, Referat Presse – und Öffentlichkeitsarbeit, FF 2005, 123 (125).

⁴⁴⁹ A. Klein/Schlechta, Will die Unterhaltsrechtsreform den Wert der Frau auf ihre Gebärtüchtigkeit reduzieren? FPR 2005, 496 (501).

⁴⁵⁰ A. Klein/Schlechta, FPR 2005, 496 (502).

Erwerbsquote von Frauen sei allein nicht aussagekräftig, da diese bei Müttern zu einem Großteil auf Teilzeitarbeit beruhe, um Beruf und die überwiegend von ihnen geleistete Kinderbetreuung vereinbaren zu können, während Männer idR auch nach der Geburt eines Kindes weiterhin vollzeitbeschäftigt blieben.⁴⁵¹

Diese kritische Prognose hat sich bewahrheitet, da das Armutsrisiko für Familien Alleinerziehender trotz Erhöhung ihrer Erwerbstätigkeitsquoten zwischen 2005 und 2011 gestiegen ist⁴⁵² und zwar laut Mikrozensus von 39,3 auf 42,3 Prozent, während sich das Armutsrisiko für Paarfamilien im gleichen Zeitraum reduziert hat, zB bei Zusammenleben mit einem Kind von 11,6 auf 10,0 Prozent.⁴⁵³ So bezogen in Deutschland im Jahr 2013 von allen Alleinerziehenden-Haushalten mit minderjährigen Kindern – „wegen Erwerbslosigkeit, zu niedriger Erwerbsbeteiligung oder der generell schlechteren Bezahlung in den sogenannten typischen Frauenberufen“⁴⁵⁴ – 39,2 % Hartz-IV-Leistungen gegenüber nur 7,1 % der Paarhaushalte mit minderjährigen Kindern.⁴⁵⁵

c. Aktivlegitimation

Das Gesetz regelt in § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB den Betreuungsunterhaltsanspruch der Mutter gegen den mit ihr nicht verheirateten Vater, der nach § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB idR für die ersten drei Lebensjahre des Kindes⁴⁵⁶ besteht und nach § 1615I Abs 2 Satz 4–5 BGB aus Billigkeitsgründen, insbesondere unter Berücksichtigung der Kindesbelange und der zur Verfügung stehenden Kinderbetreuungsmöglichkeiten auch über den dritten Geburtstag des Kindes hinaus verlängert werden kann.

Falls das Kind durch den Vater betreut wird, steht ihm gem § 1615I Abs 4 Satz 1 BGB „der Anspruch nach Abs 2 Satz 2 gegen die Mutter zu“. Auch wenn § 1615I Abs 4 Satz 1 BGB für den Anspruch des Vaters gegen die Mutter nur auf Abs 2 Satz 2 leg cit verweist, ist mit Löhnig/Gietl/Preisner⁴⁵⁷ davon auszugehen, dass auch der Unterhaltsanspruch des Vaters gegen die Mutter den in Abs 2 Satz 3–5 leg cit genannten Einschränkungen unterliegt, da eine zeitlich unbegrenzte Unterhaltspflicht der Mutter gegenüber dem das gemeinsame Kind betreuenden Vater vom Gesetzgeber nicht gewollt sein könne und eine solche Besserstellung des Vaters beim Betreuungsunterhalt jedenfalls gegen den Gleichheitssatz, Art 3 Abs 1 GG, verstoßen würde.⁴⁵⁸

⁴⁵¹ A. Klein/Schlechta, FPR 2005, 496 (497).

⁴⁵² Lenze, Alleinerziehende unter Druck 20–21.

⁴⁵³ BT-Drucks 17/14518, 8.

⁴⁵⁴ BT-Drucks 17/14518, 1.

⁴⁵⁵ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 22 mwN.

⁴⁵⁶ Der in § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB als frühestmöglicher Beginn des Unterhaltsanspruchs angegebene Zeitraum von 4 Monaten vor der Geburt betrifft nur den in § 1615I Abs 2 Satz 1 BGB geregelten Unterhaltsanspruch wegen schwangerschaftsbedingter Arbeitsunfähigkeit, da eine Betreuung des Kindes „naturgemäß“ erst ab dessen Geburt möglich ist, vgl Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615I BGB Rz 33.

⁴⁵⁷ Löhnig/Gietl/Preisner, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern. Abstammung – Sorgerecht – Umgangsrecht – Namensrecht – Unterhalt³ (2010) Rz 196.

⁴⁵⁸ Zwfl Schwab, Familienrecht Rz 928 mit Hinweis darauf, gegen ein bloßes Versehen des Gesetzgebers bei

Da § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB nur den Betreuungsunterhalt der Mutter gegen den mit ihr nicht verheirateten Vater ihres Kindes regelt und gem § 1615I Abs 4 BGB auch für den umgekehrten Fall der Betreuung des Kindes durch den Vater für diesen einen Unterhaltsanspruch gegen die Kindsmutter vorsieht, ist § 1615I BGB nicht anwendbar, falls ein Kind zwei gleichgeschlechtliche – nicht miteinander verheiratete und nicht in eingetragener Partnerschaft verbundene – Elternteile hat und von einem der beiden betreut wird. Dies ist auch insofern folgerichtig, als nach der aktuellen deutschen Rechtslage gleichgeschlechtliche Elternschaft außerhalb einer Ehe, die seit 01.09.2017 auch für geschlechtsidentische Paare eröffnet ist, nur durch Adoption innerhalb einer eingetragenen Partnerschaft zulässig ist und dem ein gemeinsames Kind betreuenden Elternteil nach Auflösung der Partnerschaft gem § 16 Satz 2 LPartG ein Unterhaltsanspruch entsprechend § 1570 BGB zusteht.⁴⁵⁹

d. Basisunterhalt bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes gem § 1615I Abs 2 Satz 2 und 3 BGB

Während der ersten drei Lebensjahre des Kindes kann der betreuende Elternteil selbständig entscheiden, ob er sein Kind persönlich erziehen oder dieses anderweitig betreuen lassen will.⁴⁶⁰ Ob und inwieweit Möglichkeiten zur Fremdbetreuung des Kindes bestehen, ist demzufolge in diesem Zeitraum ebenso irrelevant⁴⁶¹ wie eine etwaige finanziell angespannte Situation des zahlungspflichtigen Elternteils.⁴⁶² Dem kinderbetreuenden Elternteil steht es daher in den ersten drei Lebensjahren des Kindes frei, eine etwaige dennoch aufgenommene oder fortgeführte Erwerbstätigkeit jederzeit wieder zu beenden und sich ganz auf die Betreuung des Kindes zu konzentrieren.⁴⁶³ Obwohl für die Mutter der Betreuungsunterhaltsanspruch nach § 1615I Abs 2 Satz 2 BGB wegen des darin in Bezug genommenen Abs 2 Satz 1 leg cit („über die in Absatz 1 Satz 1 bezeichnete Zeit hinaus“) erst nach Ablauf des in § 1615I Abs 1 Satz 1 BGB geregelten 8-Wochen-Zeitraums nach der Entbindung entsteht, kann der Vater auch während der ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes von der Mutter Betreuungsunterhalt verlangen, soweit das neugeborene Kind bereits in diesem frühen Zeitraum von ihm betreut wird.⁴⁶⁴ Dies

der Formulierung der Norm spreche der Umstand, dass der Wortlaut der Vorschrift auch bei der letzten Reform zum 01.01.2008 unverändert geblieben sei, obwohl die „Unstimmigkeit des Gesetzestextes“ bekannt gewesen sei.

⁴⁵⁹ Siehe hierzu bereits die Ausführungen in Abschnitt IV.1.b. dieser Arbeit.

⁴⁶⁰ BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1748 Tz 97); XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (772 Tz 20); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446 Tz 25).

⁴⁶¹ Ehinger, Der Betreuungsunterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FPR 2010, 389 (390).

⁴⁶² Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1484.

⁴⁶³ BGH XII ZR 121/03 FamRZ 2005, 442 (444; zust Schilling); Brudermüller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 10.

⁴⁶⁴ Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1576; Löhnig/Gietl/Preisner, Recht des Kindes Rz 196.

folgt aus einer am Gleichheitssatz, Art 3 Abs 1 GG, orientierten Auslegung von § 1615l Abs 4 Satz 1 iVm Abs 2 Satz 2 BGB.⁴⁶⁵

Soweit der Elternteil in den ersten drei Lebensjahren trotz fehlender Erwerbsobliegenheit und damit „überobligatorisch“⁴⁶⁶ eigenes Erwerbseinkommen erzielt, weil das Kind zeitweise durch Dritte betreut wird, ist dieses bei der Bemessung des Betreuungsunterhalts in analoger Anwendung der in § 1577 Abs 2 BGB für den nachhehlichen Unterhalt vorgesehenen Anrechnungsklausel einzelfallabhängig nach Billigkeitsgesichtspunkten zum Teil zu berücksichtigen.⁴⁶⁷

Da dem betreuenden Elternteil nach dem Wortlaut von § 1615l Abs 2 Satz 3 BGB „für mindestens drei Jahre nach der Geburt“ ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil zusteht, hat eine Befristung bis zum dritten Geburtstag des Kindes nach der Rechtsprechung des BGH nur dann zu erfolgen, „wenn im Zeitpunkt der Entscheidung für die Zeit nach Vollendung des dritten Lebensjahres absehbar keine kind- und elternbezogenen Verlängerungsgründe mehr vorliegen“.⁴⁶⁸

e. Verlängerung des Unterhaltsanspruchs gem § 1615l Abs 2 Satz 4 und 5 BGB

Auf die soeben erwähnten kind- und elternbezogenen Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts wird im Folgenden eingegangen.

aa. Verlängerung aus kindbezogenen Gründen

Eine Verlängerung des Betreuungsunterhaltsanspruchs über den dritten Geburtstag des gemeinsamen Kindes hinaus ist nach § 1615l Abs 2 Satz 4 BGB möglich, „solange und soweit dies der Billigkeit entspricht“, wobei nach § 1615l Abs 2 Satz 5 BGB „insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen“ sind.⁴⁶⁹

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt ein über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinausgehender Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils aus – „vorrangig zu berücksichtigenden“⁴⁷⁰ – kindbedingten Gründen iSv § 1615l Abs 2 Satz 5 BGB nur in Betracht, soweit nach seinem erforderlichenfalls zu beweisenden Vortrag keine individuellen Bedürfnissen des jeweiligen Kindes entsprechende Fremdbetreuungs-

⁴⁶⁵ Löhnig/Gietl/Preisner, Recht des Kindes Rz 196.

⁴⁶⁶ BGH XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (772 Tz 20); XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 (1126 Tz 25; zT zust Borth); XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (1393 Tz 18).

⁴⁶⁷ hM, ua BGH XII ZR 121/03 FamRZ 2005, 442 (2. Leitsatz und 444; zust Schilling); XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (772 Tz 21); XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 (1126 Tz 25; zT zust Borth); XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (1393 Tz 18); Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1526; Wever/Schilling, FamRZ 2002, 581 (586–587); Brudermüller in Palandt (2014) § 1615l BGB Rz 11.

⁴⁶⁸ BGH XII ZB 249/12, FamRZ 2013, 1958 (2. Leitsatz und 1959 Tz 20; insoweit zust Maurer).

⁴⁶⁹ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446 Tz 24).

⁴⁷⁰ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (447 Tz 26); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 14; zust Seiler).

möglichkeit besteht oder aus sonstigen Gründen eine persönliche elterliche Betreuung erforderlich ist.⁴⁷¹

Der BGH⁴⁷² verweist zwar in seinen bisher zur Verlängerung des Unterhaltsanspruchs nach § 1615I Abs 2 Satz 4–5 BGB ergangenen Entscheidungen regelmäßig darauf, dass die Vorschrift auch aufgrund der Gesetzesmaterialien⁴⁷³ „keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit“⁴⁷⁴ anordne, sondern vor allem im Hinblick auf die im Gesetz erwähnten kindbedingten Gründe „unter Berücksichtigung der bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung (§ 1615I Abs 2 Satz 5 BGB) ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit möglich“⁴⁷⁵ sei. Zudem hatte der BGH mit Urteil vom 18.04.2012⁴⁷⁶ klargestellt, dass vor allem „an die Darlegung kindbezogener Gründe [...] keine überzogenen Anforderungen zu stellen“ seien und erkennt auch durchaus an, dass die neben der „Betreuung des Kindes [...] in einer kindgerechten Einrichtung [...] zu leistende Betreuung und Erziehung zu einer überobligationsmäßigen Belastung [des betreuenden Elternteils] führen“⁴⁷⁷ könne, da „am Morgen oder am späten Nachmittag und Abend regelmäßig weitere Erziehungs- und Betreuungsleistungen zu erbringen [...] seien], die je nach dem individuellen Betreuungsbedarf des Kindes in unterschiedlichem Umfang anfallen“⁴⁷⁸ könnten. Trotzdem nimmt der BGH ab dem vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes grundsätzlich eine Vollzeiterwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils an, verbunden mit der Verpflichtung, das Kind ganztags fremd betreuen zu lassen, soweit es „im Hinblick auf sein Alter auch noch nicht sich selbst überlassen bleiben kann“⁴⁷⁹, es sei denn, „dass keine kindgerechte Einrichtung für die Betreuung des gemeinsamen Kindes zur Verfügung steht oder dass aus besonderen Gründen eine persönliche Betreuung erforderlich ist“⁴⁸⁰, wofür der unterhaltsberechtigte Elternteil darlegungs- und ggf beweispflichtig ist.⁴⁸¹ Als derartige Gründe, die eine persönliche elterliche Betreuung nach dem dritten Geburtstag des Kindes gebieten können, kommen ua das Alter und der soziale Entwicklungsstatus des Kindes, die Zahl der Kinder sowie die zB aufgrund von gesundheitlichen Beeinträchti-

⁴⁷¹ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (447 Tz 27); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 13; zust Seiler).

⁴⁷² BGH XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (772 Tz 22); XII ZR 114/08, FamRZ 2009, 1124 (1126 Tz 26; zT zust Borth); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446–447 Tz 26); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 13; zust Seiler); XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 25; zust Seiler).

⁴⁷³ BT-Drucks 16/6980, 9.

⁴⁷⁴ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446–447 Tz 26).

⁴⁷⁵ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446–447 Tz 26).

⁴⁷⁶ BGH XII ZR 65/10, FamRZ 2012, 1040 (2. Leitsatz und 1043 Tz 21; überwiegend zust Borth).

⁴⁷⁷ BGH XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1373 Tz 30; zust Seiler).

⁴⁷⁸ BGH XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1374 Tz 30; zust Seiler); fast identisch XII ZR 65/10, FamRZ 2012, 1040 (1043 Tz 24; überwiegend zust Borth).

⁴⁷⁹ BGH XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (773 Tz 30).

⁴⁸⁰ BGH XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 15; zust Seiler).

⁴⁸¹ BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1748 Tz 97 mwN); XII ZR 102/08, FamRZ 2009, 1391 (1393 Tz 20); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (447 Tz 27); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 15; zust Seiler).

gungen oder verhaltensbedingten Besonderheiten des Kindes bzw aufgrund der Unvereinbarkeit mit den Arbeitszeiten des betreuenden Elternteils fehlende Zumutbarkeit der vorhandenen Betreuungseinrichtungen in Betracht.⁴⁸²

Pauschalisierungen zur Annahme einer gestuften Erwerbsobliegenheit in Anlehnung an das frühere Altersphasenmodell – wozu die Oberlandesgerichte⁴⁸³ als Tatsacheninstanzen nach dem Inkrafttreten der Neuregelung zunächst mit dem Ziel tendiert hatten, „die strukturelle Überforderung von berufstätigen Alleinerziehenden zu begrenzen“ und ihnen noch Reserven für die affektive Auseinandersetzung mit dem zu betreuenden Kind zu belassen⁴⁸⁴ und die auch in der Lehre⁴⁸⁵ gefordert werden – lehnt der BGH⁴⁸⁶ für die aktuelle Rechtslage generell ab. Stattdessen verfolgt der BGH unter Bezugnahme auf den Regierungsentwurf zum UÄndG, wonach das „bisherige [...] ‚Altersphasenmodell‘ [...] neu zu überdenken und zu korrigieren“⁴⁸⁷ sei, zur Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbedingten Gründen eine „streng auf den Einzelfall fokussierte, an der individuellen Betreuungsbedürftigkeit des Kindes ausgerichtete“⁴⁸⁸ Linie.

⁴⁸² Ehinger, FPR 2010, 389 (390).

⁴⁸³ Ua OLG München 12 UF 1125/07, FamRZ 2008, 1945 (gerade auch zum Wohl des Kindes ist während dessen Kindergartenzeit und in dessen ersten Grundschuljahren nur eine Teilzeittätigkeit zumutbar); OLG Zweibrücken 2 UF 99/08 BeckRS 2009, 06879 (Born; auch bei ganztätig möglicher Fremdbetreuung eines 7-jährigen Kindes keine Vollzeit-Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils); OLG Braunschweig 2 UF 29/08, FamRZ 2009, 977 (nur Halbtagserwerbsobliegenheit neben Betreuung von 13-15-jährigem Kind, das an ADS leidet u. deshalb erhöhten Betreuungsbedarf hat); OLG Celle 12 UF 101/08, FF 2009, 81 (1. Leitsatz: „Allein das Alter des betreuten Kindes von erst elf Jahren indiziert einen erheblichen Betreuungsaufwand, neben dem die Aufnahme einer Vollerwerbstätigkeit nach der Lebenserfahrung zu einer überobligationsmäßigen und damit unzumutbaren Belastung führen würde“); OLG Düsseldorf II-7 UF 119/08, FamRZ 2009, 522 (im Hinblick auf die angemessene Lastenverteilung zwischen den Eltern vor dem 14. Geburtstag des Kindes idR keine Vollzeiterwerbsobliegenheit, bis Ende der 2. Grundschulklasse idR nur Halbtagserwerbsobliegenheit); OLG Frankfurt 3 UF 124/08 BeckRS 2011, 16697 (rein rechnerisch ist dem betreuenden Elternteil bei 9 Stunden Kindergartenbetreuung pro Tag keine Vollzeittätigkeit möglich, ohne überobligatorisch belastet zu sein; aufgehoben durch BGH XII ZR 45/09, FamRZ 2011, 1209 (zust Viefhues)); OLG Hamm II-7 UF 300/08, FamRZ 2009, 2092 (Borth; ein Elternteil erfüllt seine Erwerbsobliegenheit bei Betreuung von zwei 13 und 14 Jahre alten Kindern, von denen eines unter gesundheitlichen Beschwerden leidet, mit einer Erwerbstätigkeit von 25 Wochenstunden).

⁴⁸⁴ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 31. Ähnlich Börger, FPR 2009, 71 (72).

⁴⁸⁵ Ua Börger, FPR 2009, 71 (72); Büttner, Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, FPR 2009, 92 (94); Wellenhofer, FamRZ 2007, 71 (72).

⁴⁸⁶ Ua BGH XII ZR 74/08, FamRZ 2009, 770 (2. Leitsatz und 773 Tz 28); XII ZR 20/09, FamRZ 2010, 1880 (2. Leitsatz und 1882 Tz 22); XII ZR 45/09, FamRZ 2011, 1209 (1. Leitsatz und 1211 Tz 19–27; zust Viefhues).

⁴⁸⁷ BT-Drucks 16/1830, 16; vgl auch Menne/Grundmann, Das neue UnterhR 45.

⁴⁸⁸ Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1506.

bb. Verlängerung aus elternbezogenen Billigkeitsgründen

Neben den in § 1615I Abs 2 Satz 5 BGB ausdrücklich erwähnten kindbezogenen Belangen können nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁸⁹ über das Wort „insbesondere“⁴⁹⁰ – entsprechend der Regelung in § 1570 Abs 2 BGB zur Fortdauer des nachehelichen Betreuungsunterhalts bei Vorliegen eines oder mehrerer der darin genannten ehebedingten Umstände – einzelfallabhängig auch elternbezogene Gründe eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinaus bewirken. Dies sei zB dann der Fall, „wenn die Eltern mit ihrem gemeinsamen Kind zusammengelebt haben und außerdem ein besonderer Vertrauenstatbestand als Nachwirkung dieser Familie entstanden ist“, wobei jedoch „stets zu beachten [sei], dass die gesetzliche Regel, wonach der Betreuungsunterhalt grundsätzlich nur für drei Jahre geschuldet ist und eine Verlängerung über diesen Zeitraum hinaus ausdrücklich begründet werden muss, nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden“ dürfe.⁴⁹¹ Für die Verlängerung des Unterhaltsanspruchs über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinaus aus einem derartigen elternbedingten Grund iSv § 1615I Abs 2 Satz 5 BGB ist nach allgemeinen Grundsätzen der betreuende Elternteil darlegungs- und beweispflichtig,⁴⁹² wobei laut BGH insoweit strengere Maßstäbe gelten als bei einer Verlängerung aus ehebedingten Gründen iSv § 1570 Abs 2 BGB, „da sich bei nicht verheirateten Eltern – anders als bei Eheleuten – mangels entsprechenden Rechtsaktes nicht ohne Weiteres auf einen gegenseitigen Einstandswillen schließen“⁴⁹³ lasse.

Ein auch nach Trennung der Eltern zur Fortdauer des Betreuungsunterhalts über den dritten Geburtstag eines nichtehelichen Kindes hinaus führendes schutzwürdiges Vertrauen kann zB dann vorliegen, wenn die Zeugung des Kindes auf beiderseitigen Wunsch innerhalb einer faktischen Lebensgemeinschaft erfolgt ist und zwischen den Partnern Einigkeit darüber bestand, dass einer der Elternteile das gemeinsame Kind betreut und der andere den gemeinsamen Lebensunterhalt verdient.⁴⁹⁴

Nach einem Beschluss des BGH vom 09.03.2016⁴⁹⁵ ist allerdings dann kein ausdrücklicher Vortrag zum Vorliegen eines „besonderen Vertrauenstatbestands“ erforderlich, wenn die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Eltern noch besteht und einer der Eltern-

⁴⁸⁹ BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1748 Tz 100); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446–447 Tz 26); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 14; zust Seiler); XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 25; zust Seiler).

⁴⁹⁰ Vgl § 1615I Abs 2 Satz 5 BGB.

⁴⁹¹ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (446–447 Tz 26); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 14; zust Seiler); vgl auch XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1748 Tz 100); XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 25; zust Seiler).

⁴⁹² BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1748 Tz 97); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (447 Tz 27); XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1371 Tz 15; zust Seiler).

⁴⁹³ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 26; zust Seiler).

⁴⁹⁴ BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1748 Tz 102); Brudermüller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 17.

⁴⁹⁵ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 26; zust Seiler). Die Entscheidung betrifft die Inanspruchnahme des Kindsvaters aus übergegangenem Recht durch den Sozialhilfeträger auf Elternunterhalt für seinen eigenen Vater, vgl hierzu bereits die Ausführungen in Abschnitt II.2.b. dieser Arbeit.

teile ein gemeinsames Kind betreut, da in diesem Falle aufgrund der von den Partnern tatsächlich praktizierten „Rollenverteilung [...] ein entsprechendes Einvernehmen“⁴⁹⁶ zu vermuten sei. Löhnig sieht in diesem Urteil des BGH einen weiteren Schritt in Richtung „Verrechtlichung der faktischen Partnerschaft“,⁴⁹⁷ indem über das Wort „insbesondere“ in § 1615I Abs 2 Satz 5 BGB unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung⁴⁹⁸ nunmehr – neben kind- und elternbezogenen – auch partnerschaftsbezogene Gründe für die Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das vollendete dritte Lebensjahr hinaus anerkannt werden.⁴⁹⁹

cc. Kritik

Die Neuregelung des Betreuungsunterhalts und insbesondere das vom BGH im Rahmen der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aufgestellte von Menne⁵⁰⁰ sogenannte „Primat der Fremdbetreuung“ werden vielfach kritisiert.

So wendet Lenze⁵⁰¹ ein, dass eine „Heranziehung der Barunterhaltspflichtigen zum Betreuungsunterhalt [...] in vielen Fällen nur [noch] durch eine Pathologisierung der Kinder [gelingt], indem behandelnde Ärzte oder psychologische Gutachter attestieren müß[t]en, dass Kinder durch die Trennung emotional besonders belastet [...] seien] oder aus anderen psychischen Gründen einer persönlichen Betreuung durch den Elternteil in den Nachmittagsstunden“ bedürften.

Becker-Stoll⁵⁰² verweist aus psychologischer Sicht gegen den generellen Vorrang von Fremdbetreuungseinrichtungen darauf, dass für Kinder gerade nach der Trennung der Eltern „in erster Linie die verlässliche kontinuierliche Zuwendung ihrer primären Bezugsperson (meistens der Mutter) [erforderlich sei], um mit der neuen Situation umgehen zu lernen.“ Eine Betreuung des Kindes außerhalb der Familie könne diese nur dann gut ergänzen, wenn die Betreuung „qualitativ sehr gut ist und das Kind dort an eine stabile, kontinuierliche und feinfühlig zugewandte Bezugserzieherin gewöhnt“⁵⁰³ werde, was allerdings oftmals nicht sichergestellt sei. Zudem sei eine ganztägige Fremdbetreuung auch bei einem Kind, das bereits die Schule besucht, allenfalls „bei bester Qualität der außerfamiliären Betreuung [...] vertretbar“, da „noch genügend Zeit und Kraft für die Eltern-Kind-Beziehung bleiben [müsse] (sowohl von dem berufstätigen Elternteil als auch vom Kind aus gesehen). Die Familie [...] stelle nicht nur in den ersten Lebensjahren die wichtigste Ressource für die kindliche Entwicklung dar [...] und sei) auch und gerade

⁴⁹⁶ BGH XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (890 Tz 26; zust Seiler).

⁴⁹⁷ Löhnig, NJW 2016, 1487 (1488); P. Derleder, DEuFamR 1999, 84 (87).

⁴⁹⁸ BT-Drucks 16/6980, 10.

⁴⁹⁹ Löhnig, NJW 2016, 1487 (1488); ähnlich P. Derleder, DEuFamR 1999, 84 (87) bereits zu § 1615I Abs 2 Satz 3 BGB aF.

⁵⁰⁰ Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1491.

⁵⁰¹ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 32. Siehe auch Viefhues, Das sog. Problemkind beim Betreuungsunterhalt, FF 2011, 153 (157), der ergänzend auf die sich aus einer kinderpsychologischen Begutachtung im Rahmen eines gerichtlichen Unterhaltsverfahrens ergebenden Belastungen für die Kinder verweist.

⁵⁰² Becker-Stoll, FamRZ 2010, 77 (80); ähnlich Götz, FPR 2011, 149 (150).

⁵⁰³ Becker-Stoll, FamRZ 2010, 77 (80).

bei Schulkindern der wichtigste Lernort, nicht zuletzt weil unser Schulsystem von den Eltern die Unterstützung der Kinder erwarte[...], und der Schulerfolg der Kinder [wesentlich] von den (Zeit-)Ressourcen der Eltern“⁵⁰⁴ abhängt.

Nach Ansicht von Lenze⁵⁰⁵ bringt die Rechtsprechung des BGH „zudem eine Entwertung der Erziehung und Betreuung von Kindern“ zum Ausdruck, die „größtenteils öffentlichen Einrichtungen überantwortet werden“⁵⁰⁶ müsse und im Übrigen „von dem alleinerziehenden Elternteil neben einer Vollerwerbstätigkeit in der Freizeit nebenbei ‚erledigt‘ werden“⁵⁰⁷ könne.

Aus meiner eigenen Sicht einer in Deutschland schwerpunktmäßig im Bereich des Familienrechts tätigen Rechtsanwältin sind die aktuelle Regelung des Betreuungsunterhalts und die hohen Anforderungen des BGH an eine Reduzierung der Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils nach vollendetem dritten Lebensjahr des Kindes neben der vorgenannten, überzeugenden Kritik vor allem auch deshalb unbefriedigend, da die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Unterhaltsverfahrens dadurch oftmals nur sehr schwer abschätzbar sind,⁵⁰⁸ was viele Betroffene zur Vermeidung des Prozesskostenrisikos von einer gerichtlichen Klärung abhält.

f. Anspruchshöhe

Die Höhe des Unterhaltsanspruchs nach § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB richtet sich gem § 1615I Abs 3 Satz 1 BGB iVm § 1610 Abs 1 BGB grundsätzlich nach der eigenen „Lebensstellung“ des betreuenden Elternteils⁵⁰⁹ und damit idR nach seinem vor der Geburt des Kindes erlangten Einkommensniveau.⁵¹⁰ Unter teilweiser Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung ist nach einem Beschluss des BGH vom 10.06.2015⁵¹¹ für den Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs 2–5 BGB in Fällen, in denen sich die Einkommenssituation des anspruchsberechtigten Elternteils ohne die Geburt und Betreuung des Kindes zB durch zwischenzeitlichen Abschluss einer Ausbildung oder eines Studiums verbessert hätte, auf ein fiktives höheres Einkommen abzustellen.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse des anderen Elternteils sind nach der Rechtsprechung des BGH⁵¹² für die Ermittlung der Unterhaltshöhe auch dann nicht von Rele-

⁵⁰⁴ Becker-Stoll, FamRZ 2010, 77 (80).

⁵⁰⁵ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 32.

⁵⁰⁶ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 32.

⁵⁰⁷ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 32.

⁵⁰⁸ Lenze, Alleinerziehende unter Druck 30–31.

⁵⁰⁹ BGH XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (359; zT krit Maier); XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 (889; zust Seiler); Puls, FamRZ 1998, 865 (873).

⁵¹⁰ BGH XII ZR 121/03 FamRZ 2005, 442 mwN; XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1742 Tz 25); Bruder-müller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 21; Hamm, Strategien im Unterhaltsrecht. [mit Unterhaltsrechtreform] (2008) § 4 Rz 36.

⁵¹¹ BGH XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 (1373 Tz 34; zust Seiler).

⁵¹² BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1742 Tz 27–33); ebenso OLG Karlsruhe 2 UF 6/03, FamRZ 2004, 974; OLG München 12 WF 606/05, FamRZ 2005, 1859 (2. Leitsatz); aA Büttner, FamRZ 2000, 781 (783); Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz

vanz, wenn die Eltern des Kindes bereits vor dessen Geburt in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt hatten, da eine eigene „Lebensstellung“ iSv § 1610 Abs 1 BGB eine „nachhaltig gesicherte Rechtsposition“⁵¹³ erfordere, die aber durch gemeinsames Wirtschaften innerhalb einer Lebensgemeinschaft und ggf vom Partner freiwillig erbrachte Unterstützungsleistungen nicht entstehe, da diese wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung eines Unterhaltsanspruchs zwischen nichtehelichen Lebenspartnern vor der Geburt des Kindes jederzeit eingestellt werden könnten. Dies gilt laut BGH auch dann, wenn einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mehrere Kinder entstammen, da auch dann auf die verfestigten Einkommensverhältnisse des betreuenden Elternteils zum Zeitpunkt vor der Geburt des ersten Kindes abzustellen sei.⁵¹⁴

Da dem Unterhaltspflichtigen zur Bestreitung des eigenen Lebensbedarfs nicht weniger Geld als dem Unterhaltsberechtigten zur Verfügung stehen dürfe,⁵¹⁵ ist der Unterhaltsanspruch gem § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB nach hM⁵¹⁶ der Höhe nach durch den sogenannten „Halbteilungsgrundsatz“⁵¹⁷ begrenzt und beläuft sich damit auch bei einem höheren Bedarf des betreuenden Elternteils auf maximal 50 % des Einkommens des anderen Elternteils.⁵¹⁸

Um dem betreuenden Elternteil „eine aus kind- und elternbezogenen Gründen notwendige persönliche Betreuung und Erziehung des gemeinsamen Kindes in den ersten Lebensjahren [zu] ermöglichen“,⁵¹⁹ ohne daran in größerem Maße gehindert zu sein, als es im Hinblick auf kind- bzw elternbedingte Gründe angemessen erscheint,⁵²⁰ ist sein Unterhaltsbedarf iSv § 1615I Abs 2 BGB nach hM⁵²¹ auch dann, wenn er vor der Geburt des Kindes niedrigere Einkünfte hatte und ggf zur Aufstockung Sozialhilfeleistun-

1518; Hamm, Strategien § 4 Rz 35.

⁵¹³ BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (445).

⁵¹⁴ BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1742 Tz 33).

⁵¹⁵ BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1742 Tz 25); Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615I BGB Rz 38.

⁵¹⁶ Ua BGH XII ZR 121/03 FamRZ 2005, 442 (443–444; zust Schilling); XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1742 Tz 25); XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (359 Tz 17; zT krit Maier); OLG Stuttgart 11 UF 69/06, FamRZ 2007, 1839; Brudermüller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 22; Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615I BGB Rz 38; aA OLG Düsseldorf II-7 UF 317/06, FamRZ 2008, 87; Büttner, FamRZ 2000, 781 (783–784) mit dem Argument, es stelle eine einseitige Begünstigung des Unterhaltspflichtigen dar, sein Einkommen zwar nicht bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs des betreuenden Elternteils, aber doch bei der Begrenzung der Höhe von dessen Anspruch zu berücksichtigen.

⁵¹⁷ Brudermüller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 22; Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615I BGB Rz 38.

⁵¹⁸ Brudermüller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 22.

⁵¹⁹ BGH XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (359 Tz 29; zT krit Maier); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (445 Tz 17).

⁵²⁰ BGH XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (359 Tz 29; zT krit Maier).

⁵²¹ Ua BGH XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 (1743 Tz 39–43); XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (359 Tz 27–31; zT krit Maier); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (445 Tz 17); OLG München 12 WF 606/05, FamRZ 2005, 1859 (2. Leitsatz); Menne in Büte/Poppen/Menne/Botur, Unterhaltsrecht. Kommentar² (2009) § 1615I BGB Rz 34; Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1514; Brudermüller in Palandt (2014) § 1615I BGB Rz 21; aA Puls, FamRZ 1998, 865 (873).

gen bezogen hatte, mindestens mit dem Existenzminimum anzusetzen. Dieses darf nach der Rechtsprechung des BGH⁵²² idR „mit dem notwendigen Selbstbehalt eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen pauschaliert werden“,⁵²³ der sich nach der aktuellen Düsseldorfer Tabelle⁵²⁴ auf 880 EUR monatlich beläuft.

Zum „gesamten Lebensbedarf“, den der nach § 1615 I Abs 2 Satz 2–5 BGB zustehende Unterhaltsanspruch gem § 1615 I Abs 3 Satz 1 BGB iVm § 1610 Abs 2 BGB umfasst, gehören auch die Kosten für eine Kranken- und Pflegeversicherung,⁵²⁵ wegen Nichtanwendbarkeit der entsprechenden Regelungen für den (nach)ehelichen Unterhalt (§§ 1361 Abs 1 Satz 2, 1578 Abs 3 BGB) auf den Unterhaltsanspruch nach § 1615 I BGB⁵²⁶ nach hM⁵²⁷ dagegen nicht der Aufwand für eine angemessene Altersvorsorge des betreuenden Elternteils.

6. Weiterhin Verfassungswidrigkeit von § 1615 I Abs 2 Satz 2–5 BGB?

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die aktuelle Regelung zum Betreuungsunterhalt nicht miteinander verheirateter Elternteile in § 1615 I Abs 2 Satz 2–5 BGB im Hinblick auf die vom BVerfG im Beschluss vom 28.02.2007 erteilten verfassungsrechtlichen Vorgaben weiterhin gegen das Grundgesetz verstößt.

a. Wegen fortbestehender Unterschiede zwischen § 1615 I BGB und § 1570 BGB?

Der Unterhaltsanspruch geschiedener und nichtehelicher Elternteile ist weiterhin in einigen Punkten unterschiedlich geregelt.

aa. Tod des Unterhaltspflichtigen

Für den Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern gilt § 1615 I Abs 3 Satz 4 BGB, wonach der „Anspruch [...] nicht mit dem Tode des Vaters“ erlischt, sondern sich gem § 1967 Abs 1 BGB gegen dessen Erben fortsetzt,⁵²⁸ die für

⁵²² BGH XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (445 Tz 17).

⁵²³ BGH XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (359 Tz 27; zT krit Maier); XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (445 Tz 17).

⁵²⁴ Vgl Anm D. II der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁵²⁵ Menne in Büte/Poppen/Menne/Botur, Unterhaltsrecht § 1615 I BGB Rz 36; Büttner, FamRZ 2000, 781 (784); Puls, FamRZ 1998, 865 (873).

⁵²⁶ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615 I BGB Rz 41; Puls, FamRZ 1998, 865 (873).

⁵²⁷ Ua OLG München 16 UF 1643/05, FamRZ 2006, 812 (die Entscheidung betrifft allerdings nur die ersten drei Lebensjahre des Kindes, in denen zugunsten des betreuenden Elternteils bereits von Seiten des Staates ausgehend vom durchschnittlichen Bruttoeinkommen Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet werden); Menne in Büte/Poppen/Menne/Botur, Unterhaltsrecht § 1615 I BGB Rz 36; Menne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 1520; Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615 I BGB Rz 41.

⁵²⁸ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615 I BGB Rz 50; Schwab, Familienrecht Rz 916.

den Unterhalt als Nachlassverbindlichkeit unbeschränkt haften.⁵²⁹ Dies gilt gem § 1615n Satz 1 BGB „auch dann, wenn der Vater vor der Geburt des Kindes gestorben [...] ist.“⁵³⁰

Für den in § 1570 BGB geregelten Betreuungsunterhaltsanspruch eines vom anderen Elternteil geschiedenen Elternteils gilt demgegenüber § 1586b BGB, nach dessen Abs 1 Satz 1 zwar „die Unterhaltspflicht [ebenfalls] auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit über[geht]“, dessen Haftung allerdings nach Abs 1 Satz 3 *leg cit* der Höhe nach auf den „Betrag des fiktiven Pflichtteils einschließlich eines Pflichtteilergänzungsanspruchs [...], welcher dem Berechtigten zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre“,⁵³¹ begrenzt ist. Dies gilt nach Auflösung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft auch für den ein gemeinschaftliches Kind betreuenden Lebenspartner, da für den nachpartnerschaftlichen Unterhalt gem § 16 Satz 2 LPartG die Regelungen der §§ 1570 bis 1586b BGB entsprechend Anwendung finden.⁵³²

Die unterschiedlichen Regelungen zum Betreuungsunterhalt in § 1615l Abs 3 Satz 4 BGB sowie § 1615n Satz 1 BGB einerseits und in §§ 1570, 1586b BGB andererseits bedeuten eine Benachteiligung geschiedener und ehemals verpartnerter Elternteile, die eine mittelbare Benachteiligung von Kindern zur Folge hat, die einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft ihrer Eltern entstammen,⁵³³ da sie beim Tod des geldunterhaltspflichtigen Elternteils idR eher als Kinder, die aus keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern hervorgegangen sind, auf die persönliche Betreuung durch den verbleibenden Elternteil verzichten müssen. Da der „Betreuungsunterhalt [...] aus Gründen des Kindeswohls gewährt“⁵³⁴ wird, liegt hierin ein Verstoß gegen den in Art 6 Abs 5 GG verankerten „Verfassungsauftrag, die Gleichstellung und Gleichbehandlung aller Kinder ungeachtet ihres Familienstandes sicherzustellen.“⁵³⁵

bb. Umfang des Betreuungsunterhaltsanspruchs

Für die Höhe des Unterhaltsanspruchs wegen Betreuung eines keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes ist – wie bereits im Abschnitt IV.5.f. dargestellt wurde – gem § 1615l Abs 3 Satz 1 BGB iVm § 1610 Abs 1 BGB die eigene Lebensstellung des betreuenden Elternteils maßgeblich und zwar nach der Recht-

⁵²⁹ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 18.

⁵³⁰ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1615l BGB Rz 62; Schwab, Familienrecht Rz 916.

⁵³¹ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017).

⁵³² Vgl die Ausführungen im Abschnitt IV.1.b.

⁵³³ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 18, allerdings nur im Hinblick auf die direkte bzw mittelbare Benachteiligung geschiedener Elternteile und ehelicher Kinder; auf die Situation von Kindern, die einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ihrer Eltern entstammen und ihrer sie betreuenden Elternteile geht die Stellungnahme nicht ein.

⁵³⁴ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 (Tz 44).

⁵³⁵ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 18.

sprechung des BGH auch im Falle des Zusammenlebens mit dem anderen Elternteil. Der Umfang des Unterhaltsanspruchs geschiedener und ehemals verpartnerter Elternteile wird dagegen gem bzw entsprechend⁵³⁶ § 1578 Abs 1 Satz 1 BGB „nach den ehelichen [bzw partnerschaftlichen] Lebensverhältnissen“ und damit nach dem Einkommen beider Ehepartner bzw Lebenspartner iSd LPartG bestimmt, wodurch sich idR der Bedarf des betreuenden Elternteils erhöht und damit der ihm gegenüber dem geschiedenen Ehepartner bzw früheren Lebenspartner iSd LPartG zustehende Unterhaltsanspruch höher als ohne Berücksichtigung von dessen Einkommen ausfällt.⁵³⁷

Durch diese unterschiedlichen Regelungen ergibt sich eine Schlechterstellung von Elternteilen, die zum anderen Elternteil ihres Kindes keine rechtlich formalisierte Partnerschaft eingegangen sind, da sie wegen des niedrigeren Unterhaltsanspruchs idR früher als geschiedene und ehemals verpartnerne Elternteile eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müssen, was wiederum eine mittelbare Benachteiligung von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern und damit einen Verstoß gegen Art 6 Abs 5 GG bedeutet.⁵³⁸

cc. Vertragliche Regelung des Betreuungsunterhalts

Wie bereits im Abschnitt II.1.b. dieser Arbeit ausgeführt wurde, ist gem § 1615I Abs 3 Satz 1 BGB iVm § 1614 Abs 1 BGB ein vertraglicher Verzicht auf den in § 1615I Abs 2 Satz 2–5 BGB zugunsten nichtehelicher Elternteile normierten Betreuungsunterhalt für die Zukunft unzulässig. Ehegatten und ehemalige eingetragene Lebenspartner können demgegenüber vor rechtskräftiger Scheidung ihrer Ehe bzw rechtskräftiger Aufhebung ihrer Lebenspartnerschaft gem bzw entsprechend⁵³⁹ § 1585c Satz 2 und 3 BGB durch Abschluss eines notariell zu beurkundenden Vertrags oder durch eine gerichtlich im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens protokollierte Vereinbarung und nach Rechtskraft der Scheidung gem § 1585c Satz 1 BGB grundsätzlich uneingeschränkt und formfrei über ihre Unterhaltsansprüche verfügen.⁵⁴⁰

Da „Einschränkungen der Privatautonomie [...] Schutzfunktion“⁵⁴¹ haben und daher wegen der in § 1614 Abs 1 BGB enthaltenen Regelung betreuende Elternteile von keiner Ehe oder eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern durch

⁵³⁶ Nach Auflösung der Partnerschaft besteht gem § 16 Satz 2 LPartG ein nachpartnerschaftlicher Unterhaltsanspruch entsprechend §§ 1570–1586b BGB, vgl die Ausführungen im Abschnitt IV.1.b.

⁵³⁷ Vgl Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 20–21 für den nachehelichen Unterhaltsanspruch wegen Kinderbetreuung im Vergleich zum Unterhaltsanspruch nicht verheirateter Elternteile.

⁵³⁸ Vgl Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 21 hinsichtlich der Benachteiligung von außerehelich geborenen Kindern und ihrer sie betreuenden Mütter gegenüber geschiedenen Müttern und ehelichen Kindern.

⁵³⁹ Vgl oben FN 536.

⁵⁴⁰ Brudermüller in Palandt (2014) § 1585c BGB Rz 4.

⁵⁴¹ Schwab, Familienrecht Rz 917.

das Gesetz besser geschützt sind als kinderbetreuende geschiedene und ehemals verpartnerte Elternteile und ihre ggf mittelbar ebenfalls betroffenen Kinder, stellt diese unterschiedliche Regelung einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Art 3 Abs 1 GG, sowie hinsichtlich geschiedener Elternteile gegen den besonderen Schutz der Ehe, Art 6 Abs 1 GG, dar.⁵⁴² Auch hieraus kann sich eine – nach Art 6 Abs 5 GG unzulässige – mittelbare Benachteiligung von ehelichen und einer eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern ergeben, wenn der sie betreuende Elternteil nach der Scheidung bzw Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft wegen wirksamen Verzichts keinen Anspruch auf Betreuungsunterhalt hat und deshalb ggf aus wirtschaftlichen Gründen die persönliche Versorgung und Pflege des Kindes eher aufgeben muss als Elternteile, deren Kind aus keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hervorgegangen ist, die wegen § 1614 Abs 1 BGB nicht für die Zukunft wirksam auf ihren in § 1615l Abs 2–5 BGB geregelten Unterhaltsanspruch verzichten können.

dd. Altersvorsorgeunterhalt

Wie im Abschnitt IV.5.f. bereits dargestellt wurde, steht dem betreuenden Elternteil eines keiner Ehe oder eingetragenen Partnerschaft seiner Eltern entstammenden Kindes nach hM kein Anspruch gegen den anderen Elternteil auf Beteiligung an den Kosten seiner Altersvorsorge zu. Demgegenüber umfasst der Lebensbedarf eines geschiedenen Ehegatten oder ehemals verpartnerten Elternteils, dem ein Betreuungsunterhaltsanspruch gem bzw entsprechend⁵⁴³ § 1570 BGB zusteht, nach § 1578 Abs 3 BGB auch die Kosten einer angemessenen Altersvorsorgeversicherung. Die damit vorliegende Schlechterstellung von Elternteilen, die ein keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammendes Kind betreuen, kann zur Folge haben, dass diese zur Verbesserung ihrer Altersvorsorge eher als geschiedene oder ehemals verpartnerte Elternteile eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müssen, was dann wiederum mittelbar eine nach Art 6 Abs 5 GG unzulässige Benachteiligung nichtehelicher Kinder zur Folge hat, da sie früher als Kinder, deren Eltern miteinander verheiratet oder verpartnert waren, auf die persönliche elterliche Betreuung verzichten müssen.⁵⁴⁴

b. Wegen Benachteiligung von Kindern, die keiner ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihrer Eltern entstammen?

Nach der in § 1570 Abs 2 BGB enthaltenen Regelung zum nachehelichen Betreuungsunterhalt verlängert sich die Dauer des Unterhaltsanspruchs neben den in Abs 1 Satz 3 ge-

⁵⁴² Schwab, Familienrecht Rz 472 und 917 im Hinblick auf die Benachteiligung der kinderbetreuenden geschiedenen Mutter und ihres ehelichen Kindes gegenüber der nichtehelichen Mutter und ihrem nichtehelichen Kind.

⁵⁴³ Vgl oben FN 536.

⁵⁴⁴ Vgl Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 22 hinsichtlich der Schlechterstellung von nichtehelichen Kindern und deren betreuendem Elternteil gegenüber ehelichen Kindern und deren geschiedenen Elternteil.

nannten kindbezogenen Gründen auch dann über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinaus, „wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.“

Wie bereits im Abschnitt IV.5.e.bb. ausgeführt wurde, hält der BGH über das Wort „insbesondere“ in § 1615I Abs 2 Satz 5 BGB neben den in der Vorschrift ausdrücklich erwähnten „Belange[n] des Kindes“ eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts über den dritten Geburtstag des nichtehelichen Kindes hinaus auch aus eltern- bzw nun auch partnerschaftsbedingten Gründen für zulässig, was vor allem dann in Betracht komme, wenn die nicht miteinander verheirateten Eltern und ihr gemeinsames Kind als Familie zusammengelebt haben oder noch zusammenleben und der betreuende Elternteil auf den Fortbestand einer mit dem anderen Elternteil erfolgten Absprache über dessen finanzielle Unterstützung für die Zeit der Kinderbetreuung vertrauen darf.

Hieraus ergibt sich eine mittelbare Benachteiligung von Kindern, die keiner ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammen, da dem sie betreuenden Elternteil die beschriebenen Möglichkeiten zur Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus ehe-, eltern- oder partnerschaftsbedingten Gründen nicht offenstehen. Hierin liegt ein Verstoß gegen Art 6 Abs 5 GG, der nach dem Beschluss des BVerfG vom 28.02.2007⁵⁴⁵ eine unterschiedliche Bemessung der Dauer des Betreuungsunterhalts für eheliche und nichteheliche Kinder, deren Bedürfnisse grundsätzlich identisch sind, gerade untersagt.⁵⁴⁶

7. Zusammenfassung zu IV.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die seit 01.01.2008 in Deutschland geltende Rechtslage nach wie vor verfassungswidrig ist, da die Betreuungsunterhaltsansprüche geschiedener bzw ehemals verpartnerter Elternteile einerseits und von Elternteilen, deren Kind keiner Ehe oder eingetragenen Partnerschaft mit dem anderen Elternteil entstammt, weiterhin in einigen Punkten unterschiedlich geregelt sind, was zum Teil eine mittelbare Benachteiligung ehelicher bzw einer eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder und zum Teil eine mittelbare Schlechterstellung von Kindern, die keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammen, in ihrer elterlichen Betreuung bewirkt, die im Hinblick auf Art 6 Abs 5 GG unzulässig ist.

⁵⁴⁵ BVerfG 28.02.2007, 1 BvL 9/04 (Tz 59).

⁵⁴⁶ So auch BGH XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 (364; insoweit krit Maier, der darauf verweist, dass eine „ungleiche unterhaltsrechtliche Absicherung der persönlichen Betreuung nichtehelich geborener Kinder, die im Familienverbund zumindest teilweise mit dem anderen Elternteil tatsächlich zusammenleben, und den Kindern, die von Anfang an diesen Familienverbund nicht erleben, [...] aus Sicht des betreuenden Elternteils aus Vertrauensgesichtspunkten gerechtfertigt sein“ möge, das BVerfG „die Ungleichbehandlung jedoch aus der Sicht des Kindes“ beurteilt habe); ähnlich Löhnig, Betreuungsunterhalt – Verlängerung des Betreuungsunterhalts. Besprechung von BGH, Urteil vom 13.01.2010 – XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (OLG Köln), JA 2010, 466 (467); Hollinger in Viefhues (Hrsg), Juris-PraxisKommentar BGB⁴ (2009) § 1570 BGB Rz 116 jeweils zur Verlängerung des Unterhaltsanspruchs nach § 1570 Abs 2 BGB aus ehebedingten Gründen.

Insbesondere ist ein Verstoß gegen den in Art 6 Abs 5 GG verankerten Auftrag an den Gesetzgeber zur Schaffung gleicher Lebensbedingungen für eheliche und nichteheliche Kinder darin zu sehen, dass für Elternteile von Kindern, die keiner ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft bzw eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammen, generell eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus ehe-, eltern- oder partnerschaftsbedingten Gründen ausscheidet.

Um künftig eine Ungleichbehandlung von Kindern in der Dauer der ihnen zuteilwerdenden persönlichen elterlichen Betreuung zu vermeiden, ist es mE geboten, die Regelungen zum Unterhaltsanspruch wegen Betreuung von Kindern unabhängig davon, ob sie einer Ehe, einer eingetragenen Partnerschaft oder keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammen, einheitlich auszugestalten, wofür im Abschnitt VI ein Vorschlag unterbreitet wird.

V. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER DERZEITIGEN RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH?

Die Tatsache, dass in Österreich wegen Betreuung eines Kindes, das keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammt, de lege lata gem § 235 Abs 1 ABGB nur für die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes ein Unterhaltsanspruch und auch lediglich zugunsten der Mutter gegen den anderen Elternteil besteht,⁵⁴⁷ während geschiedenen und ehemals verpartnerten Elternteilen gem § 68a Abs 1 EheG in direkter bzw analoger Anwendung der Vorschrift im Regelfall jedenfalls bis zum vollendeten fünften Lebensjahr eines gemeinsamen Kindes ein Unterhaltsanspruch gegen den ehemaligen Ehepartner bzw eingetragenen Partner zusteht,⁵⁴⁸ hat Auswirkungen auf die betroffenen Kinder, ihre betreuenden Elternteile und die jeweiligen aus Kind und betreuendem Elternteil bestehenden Familien.

Im Folgenden soll nunmehr ausgehend von der Entwicklung in Deutschland geprüft werden, ob bzw inwieweit deshalb eine Verfassungswidrigkeit der aktuellen Rechtslage in Österreich besteht und ggf die unterhaltsrechtliche Situation kinderbetreuender Elternteile keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder an die gemeinsame Kinder betreuender geschiedener bzw ehemals verpartnerter Elternteile anzugleichen ist.

1. Prüfungsmaßstab

Im österreichischen Verfassungsrecht gibt es zwar keine Vorschrift, die den Gesetzgeber – wie es in Deutschland Art 6 Abs 5 GG regelt – ausdrücklich zur Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern verpflichten würde.⁵⁴⁹

Art 6 Abs 5 GG ist allerdings nur eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art 3 Abs 1 GG,⁵⁵⁰ der auch im österreichischen Verfassungsrecht gilt und an mehreren Stellen verankert ist, insbesondere in Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG, die beide regeln, dass alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich sind.⁵⁵¹

Ausdrückliche Diskriminierungsverbote, insbesondere im Hinblick auf die Geburt, beinhalten Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und Art 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).⁵⁵² Die EMRK genießt in Österreich seit dem BVG vom 04.03.1964 Verfassungsrang.⁵⁵³

⁵⁴⁷ Siehe hierzu Abschnitt III.1.a. dieser Arbeit.

⁵⁴⁸ Siehe hierzu Abschnitt III.2c. dieser Arbeit.

⁵⁴⁹ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70).

⁵⁵⁰ Seidel, Anspruch 34 mwN.

⁵⁵¹ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70).

⁵⁵² BGBl 1958/210.

⁵⁵³ BGBl 1964/59.

Darüber hinaus sind auch das von Art 8 EMRK gewährleistete Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens – ggf iVm dem umfassenden Diskriminierungsverbot nach Art 14 EMRK – sowie Art 1 Satz 1 des BVG über die Rechte von Kindern⁵⁵⁴ zu beachten, wonach jedes Kind Anspruch auf die für sein Wohlergehen notwendige Fürsorge und den dafür erforderlichen Schutz, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen hat.

Anhand der vorstehenden Normen wird im Folgenden untersucht, ob auch in Österreich aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Handeln des Gesetzgebers geboten ist.

2. Verletzung von Art 7 B-VG und Art 2 StGG?

Nach Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG sind alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich, wobei Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG zusätzlich – als Staatszielbestimmung⁵⁵⁵ – ua Vorrechte der Geburt und des Geschlechts verbietet.

Der in Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG verankerte Gleichheitssatz ist als zentraler „Bestandteil des demokratischen Prinzips“⁵⁵⁶ auch für den österreichischen Gesetzgeber bindend und erlaubt Differenzierungen nur dann, wenn sie aufgrund von gewichtigen objektiven Unterschieden sachlich gerechtfertigt sind.⁵⁵⁷ Der Gesetzgeber muss gleiche Sachverhalte auch gesetzlich gleich regeln und darf unterschiedliche Rechtsfolgen nur dann vorsehen, wenn sich auch die ihnen zugrunde liegenden Tatbestände in relevanten Punkten unterscheiden.⁵⁵⁸

Im Folgenden wird nunmehr geprüft, ob bzw inwieweit dadurch, dass bei Betreuung eines gemeinsamen Kindes ein gesetzlicher Betreuungsunterhaltsanspruch zwar zugunsten geschiedener und ehemals verpartnerter Elternteile, nicht aber zugunsten von Elternteilen, deren Kind keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammt, besteht, und ob dadurch, dass anspruchsberechtigt iSv § 235 Abs 1 ABGB de lege lata nur Mütter sind, der Gleichheitsgrundsatz nach Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG verletzt ist.

⁵⁵⁴ BGBl I 2011/4.

⁵⁵⁵ Mayer/Muzak, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. B-VG, F-VG, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2015) Art 7 B-VG unter Verweis auf VfGH G 85/05 VfSlg 17807.

⁵⁵⁶ Mayer/Muzak, Bundes-VerfassungsR Art 2 StGG Anm III.1.

⁵⁵⁷ Mayer/Muzak, Bundes-VerfassungsR Art 2 StGG Anm I und Anm III.1; Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70).

⁵⁵⁸ Mayer/Muzak, Bundes-VerfassungsR Art 2 StGG Anm III.1.

a. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern?

aa. Beseitigung der Differenzierung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im ABGB

Im ABGB wurde die rechtliche Situation unehelicher Kinder seit dem zum 01.12.1970⁵⁵⁹ in Kraft getretenen BG über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes⁵⁶⁰ über weitere Reformen, wie zB die Kindschaftsrechts-Änderungsgesetze 1989⁵⁶¹ und 2001⁵⁶² bis hin zum Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 (FamErbRÄG 2004),⁵⁶³ schrittweise an die ehelicher Kinder angeglichen.⁵⁶⁴ Die Beseitigung der nach dem FamErbRÄG 2004 noch zwischen ehelichen und unehelichen Kindern insbesondere im Bereich des Namensrechts und der Obsorge verbliebenen Unterschiede war Hauptziel des zum 01.02.2013⁵⁶⁵ in Kraft getretenen KindNamRÄG 2013.⁵⁶⁶

Da das KindNamRÄG 2013 die Differenzierung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im ABGB grundsätzlich abgeschafft hat,⁵⁶⁷ gilt die Vorschrift zum nachgeburlichen Unterhalt, die früher aufgrund der Verortung in § 168 ABGB aF in den Rechtsverhältnissen zwischen Eltern und unehelichen Kindern (vgl. Überschrift vor § 165 ABGB aF) nur für uneheliche Mütter gegolten hatte, nunmehr für alle Mütter, was auch an der erfolgten Verlagerung der Norm in das fünfte Hauptstück des ABGB im Anschluss an die Regelungen zum Kindesunterhalt als § 235 ABGB erkennbar ist.⁵⁶⁸

bb. Weiterhin Differenzierung in der Betreuungssituation von Kindern

Während Gitschthaler⁵⁶⁹ aus der durch das KindNamRÄG 2013 erfolgten Verlängerung der Anspruchsfrist des § 235 ABGB von sechs auf nunmehr acht Wochen den Umkehrschluss zieht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers darüber hinausgehende Unterhaltsansprüche, wie sie in der Literatur⁵⁷⁰ seit einigen Jahren konstruiert bzw be-

⁵⁵⁹ BGBl 1970/342 (§ 13 leg cit).

⁵⁶⁰ BGBl 1970/342.

⁵⁶¹ BGBl 1989/162.

⁵⁶² BGBl I 2000/135.

⁵⁶³ BGBl I 2004/58.

⁵⁶⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 3; ausführlich hierzu Kolmasch in Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, Kindschr 9–11.

⁵⁶⁵ § 1503 Abs 1 Z 1 ABGB.

⁵⁶⁶ BGBl I 2013/15; vgl ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 3; Kolmasch in Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, Kindschr 10.

⁵⁶⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 7; Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, Kindschr 118. Der Begriff „unehelich“ findet sich nun nur noch in § 167 Abs 2 Satz 1 ABGB nF, wonach für die Anerkennung der Vaterschaft für ein uneheliches Kind die Zustimmung des anderen obsorgebetrauten Eltern teils erforderlich ist.

⁵⁶⁸ Siehe Abschnitt III.1.a.aa. dieser Arbeit..

⁵⁶⁹ Gitschthaler, Neuerungen, in Gitschthaler, KindNamRÄG 257 (274).

⁵⁷⁰ Ua Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (13–16); Gitschthaler, AnwBl 2012, 598 (607–608); Meissel, EF-Z 2008/4, 13 (16–18).

fürwortet werden, nunmehr wohl ausgeschlossen sein sollten, hat sich nach mE überzeugender Ansicht von Ulrich⁵⁷¹ aufgrund der durch das KindNamRÄG 2013 erfolgten „umfassende[n] Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern [...] der Wertungswiderspruch in Bezug auf die unterschiedliche Betreuungsperspektive von ehelichen und unehelichen (Klein-)Kindern noch weiter verschärft“, sodass sich im Hinblick auf Art 7 Abs 2 B-VG ein verstärkter Bedarf zur Schaffung eines Unterhaltsanspruchs für Lebensgefährten wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes ergebe.

Wie Nowack/Ganner⁵⁷² und Aichhorn/Marschall⁵⁷³ bereits vor der Reform durch das KindNamRÄG 2013 damals noch zu § 168 ABGB aF festgestellt hatten, bedeutet die Tatsache, dass ein gesetzlicher Betreuungsunterhalt nur zugunsten geschiedener Elternteile⁵⁷⁴ geregelt ist, eine faktische Benachteiligung in der Betreuungssituation unehelicher Kinder iSv Art 7 B-VG und Art 2 StGG. Denn der betreuende Elternteil eines unehelichen Kindes muss dieses in aller Regel aus wirtschaftlichen Gründen deutlich eher in Fremdbetreuung geben, um währenddessen selbst einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können, als ein kinderbetreuender geschiedener Elternteil, dem nach § 68a Abs 1 EheG idR jedenfalls bis zum vollendeten fünften Lebensjahr eines gemeinsamen Kindes ein Unterhaltsanspruch zusteht.

Da § 68a Abs 1 EheG nach dem Gesetzeswortlaut und den Gesetzesmaterialien ausdrücklich die Sicherstellung des Kindeswohls bezweckt,⁵⁷⁵ sich aber – wie das BVerfG bereits in seinem Beschluss vom 28.02.2007 richtigerweise ausgeführt hatte – die Bedürfnisse ehelicher und nichtehelicher Kinder nicht grundlegend unterscheiden,⁵⁷⁶ ist somit der in Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG verankerte Gleichheitssatz im Hinblick auf keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammende Kinder verletzt. Denn ihre persönliche elterliche Betreuung ist anders als die ehelicher und aus einer eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern hervorgegangener Kinder, bei Betreuung durch die Mutter nicht über die ersten acht Wochen nach der Geburt und bei Betreuung durch den Vater gar nicht durch einen zugunsten des betreuenden Elternteils bestehenden Unterhaltsanspruch abgesichert.

Wie Nowack/Ganner⁵⁷⁷ richtig feststellen, ist dabei grundsätzlich irrelevant, ob der frühere Beginn der Fremdbetreuung für ein Kind schädlich ist oder nicht. Da nach Art 1 Satz 1 des BG über die Rechte von Kindern⁵⁷⁸ jedes Kind Anspruch auf den für sein Wohlergehen notwendigen Schutz und die hierfür erforderliche Fürsorge, auf bestmög-

⁵⁷¹ Ulrich in Deixler-Hübner/Ulrich 1 (30); ähnlich Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/M. Huber, KindschR 118.

⁵⁷² Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70).

⁵⁷³ Aichhorn/Marschall in Bundesministerium für Justiz 222 (231).

⁵⁷⁴ Die Möglichkeiten gleichgeschlechtlicher Elternschaft (auch) für eingetragene Partner wurden erst später geschaffen, siehe Abschnitt III.3.b. dieser Arbeit.

⁵⁷⁵ Siehe Abschnitt III.2.c.aa.[2]. dieser Arbeit.

⁵⁷⁶ Siehe Abschnitt IV.3.b.aa. dieser Arbeit.

⁵⁷⁷ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (71).

⁵⁷⁸ BGBl I 2011/4.

liche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen hat, ist der Gleichheitssatz nach Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG aber mE erst recht dann verletzt, wenn ein keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammendes Kind zB aus gesundheitlichen Gründen in seinen ersten Lebensjahren besonderer elterlicher Zuwendung oder Pflege bedarf, da für diesen Fall anders als bei ehelichen oder aus einer eingetragenen Partnerschaft seiner Eltern hervorgegangenen Kindern de lege lata keine rechtliche Möglichkeit besteht, diese durch die unterhaltsrechtliche Absicherung des alleinerziehenden Elternteils zu ermöglichen.

cc. Keine sachliche Rechtfertigung der Differenzierung durch gewichtige objektive Umstände

Obwohl Kinder keinerlei Einflussnahmemöglichkeit auf die familiäre Situation haben, in die sie geboren werden bzw in der sie aufwachsen,⁵⁷⁹ ergeben sich also für sie völlig unterschiedliche Betreuungsmöglichkeiten, je nachdem, ob ihre Eltern miteinander verheiratet waren, in eingetragener Partnerschaft miteinander gelebt haben oder aber keine rechtlich formalisierte Beziehung miteinander eingegangen sind.

Da es für diese Differenzierung keinen sachlichen Grund gibt, stellt die Beschränkung des Betreuungsunterhalts auf geschiedene und ehemals verpartnerte Ehegatten eine mittelbare Benachteiligung von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern iSv Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG dar,⁵⁸⁰ sodass – da eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die sie betreuenden Elternteile ausscheidet⁵⁸¹ – zur Schaffung eines verfassungskonformen Zustands ein Handeln des Gesetzgebers erforderlich ist.⁵⁸²

b. Ungleichbehandlung der betreuenden Elternteile?

aa. Wegen Fehlen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zugunsten betreuender Väter keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder?

Eine Verletzung des Gleichheitssatzes nach Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG und zwar wegen unzulässiger Differenzierung nach dem Geschlecht ist mE auch darin zu sehen, dass keinerlei Unterhaltsanspruch für den Fall besteht, dass ein keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammendes Kind in den ersten acht Wochen nach seiner Geburt durch den Vater betreut wird. Denn aktivlegitimiert nach § 235 Abs 1 ABGB sind nur Mütter.⁵⁸³

⁵⁷⁹ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (71).

⁵⁸⁰ So im Ergebnis auch Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12) und Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (71), allerdings jeweils noch im Hinblick auf alle unehelichen Kinder, da die nunmehr bestehenden Möglichkeiten gemeinsamer Elternschaft gleichgeschlechtlicher eingetragener Partner zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der beiden Aufsätze noch nicht bestanden hatten.

⁵⁸¹ Siehe Abschnitt III.2.c.bb. dieser Arbeit.

⁵⁸² Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12).

⁵⁸³ Siehe Abschnitt III.1.a.bb.[1]. dieser Arbeit.

Auch wenn diese Fälle in der Praxis vermutlich eher selten vorkommen dürften, ist eine persönliche Betreuung durch den Vater in den ersten acht Lebenswochen eines Kindes durchaus denkbar und zu dessen Wohle auch wünschenswert, zB wenn die Mutter wegen einer Wochenbettdepression nicht in der Lage ist, ihr Kind zu versorgen.

Da einem betreuenden Vater, anders als es bei Müttern idR in Form des nachgeburtlichen Wochengeldes der Fall ist,⁵⁸⁴ für diese Zeit kein gesetzlicher Anspruch auf Entgelterstattleistungen zusteht, muss er sich im Falle der Bedürftigkeit auf deutlich niedrigerem Niveau mit Sozialhilfeleistungen und ggf bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen mit dem Kinderbetreuungsgeld nach dem KiBGG begnügen oder ist gezwungen, das Kind bereits in den ersten acht Wochen nach der Geburt fremdbetreuen zu lassen, um seinen eigenen Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit zu sichern. Da der von § 235 ABGB in erster Linie bezweckte Schutz des neugeborenen Kindes⁵⁸⁵ auch bei Betreuung durch den Vater gewährleistet ist, erscheint das Fehlen der unterhaltsrechtlichen Absicherung seines Lebensbedarfs bereits in den ersten acht Lebenswochen des Kindes sachlich nicht gerechtfertigt.

bb. Wegen Fehlen eines gesetzlichen Betreuungsunterhaltsanspruchs für Elternteile keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder?

Der VfGH tendiert in seiner Rechtsprechung zu einem indirekten verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie, den er nicht aus Art 8 und 12 EMRK, sondern aus dem Gleichheitsgrundsatz, Art 7 B-VG und Art 2 StGG, herleitet.⁵⁸⁶ Aufgrund der grundlegenden Unterschiede zwischen beiden Formen des Zusammenlebens hält der VfGH auf rechtspolitischen Gründen beruhende Begünstigungen der Ehe gegenüber der Lebensgemeinschaft für zulässig, wenn dafür eine hinreichende sachliche Rechtfertigung vorliegt.⁵⁸⁷

Nach Ansicht von Nowack/Ganner⁵⁸⁸ ist die Regelung des in § 68a Abs 1 EheG zugunsten geschiedener Ehegatten vorgesehenen Betreuungsunterhalts zwar nicht im Hinblick auf die dadurch entstehende mittelbare Benachteiligung der betroffenen unehelichen Kinder, aber im Hinblick auf ihre alleinbetreuenden Elternteile durch die „nacheheliche Solidarität“ gerechtfertigt.

Diese Ansicht ist mE nicht überzeugend, da sie nicht hinreichend berücksichtigt, dass § 68a Abs 1 EheG anders als die sonstigen nachehelichen Unterhaltsansprüche seinen Rechtsgrund nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut (auch) im Wohl der betroffenen Kinder hat und deshalb dem ein gemeinsames Kind betreuenden Elternteil sogar für den Fall, dass dieser die Zerrüttung der Ehe allein verschuldet hat, einen Unterhaltsan-

⁵⁸⁴ Siehe Abschnitt III.1.a.cc. dieser Arbeit.

⁵⁸⁵ Siehe Abschnitt III.1.a.aa. dieser Arbeit.

⁵⁸⁶ Pernthaler/Rath-Kathrein, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie – Art. und 12 EMRK –, in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), 40 Jahre EMRK Grund – und Menschenrechte in Österreich (1992) 245 (293).

⁵⁸⁷ Pernthaler/Rath-Kathrein in Machacek/Pahr/Stadler 245 (294–295).

⁵⁸⁸ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (71).

spruch ermöglicht.⁵⁸⁹ Gerade in den ersten Lebensjahren eines Kindes ist die persönliche Betreuung durch einen Elternteil im Interesse des Kindes mE besonders wünschenswert und sollte nicht durch mit dem Fehlen eines Unterhaltsanspruchs regelmäßig verbundene wirtschaftliche Nachteile erschwert werden. Die frühere Ehe oder eingetragene Partnerschaft der Eltern ist mE für die Zuerkennung eines Betreuungsunterhaltsanspruchs kein geeignetes Differenzierungskriterium, da die Entscheidung für eine Verheiratung immer von beiden Partnern zu treffen ist und es diverse Gründe geben kann, die einer Heirat entgegenstehen. Zudem kann gerade auch der Umstand, dass sich für den Fall der Scheidung unter Durchbrechung des ansonsten im österreichischen Scheidungsrecht noch immer geltenden Verschuldensprinzips ein Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes auch zugunsten des an der Ehezerüttung allein schuldigen Ehepartners ergeben kann, die Eheschließungsbereitschaft auf Seiten des dann im Regelfall unterhaltspflichtigen Mannes mindern. Daher kann in der Tatsache, dass sich ein Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes nach geltendem Recht in Österreich ausdrücklich nur für geschiedene und ehemals verpartnerte Eltern aus direkter oder analoger Anwendung von § 68a Abs 1 EheG ergibt, faktisch eine Stärkung von Elternschaften außerhalb rechtlich formalisierter Partnerschaften gesehen werden, die weder sachlich gerechtfertigt noch mit dem Normzweck des § 68a Abs 1 EheG vereinbar ist und mE auch politisch nicht angestrebt wird.

3. Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK?

Art 14 EMRK bietet hinsichtlich der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten Schutz vor Diskriminierung insbesondere aufgrund der Geburt.⁵⁹⁰ Der Diskriminierungsschutz nach Art 14 EMRK ist zwar wegen seiner Begrenzung auf die Konventionsfreiheitsrechte akzessorisch,⁵⁹¹ setzt aber nicht zwingend die Verletzung eines Konventionsgrundrechts voraus, sondern greift bereits dann ein, wenn der Schutzbereich eines der von der EMRK oder deren Zusatzprotokollen umfassten Freiheitsrechte eröffnet ist.⁵⁹²

Vorliegend kommt eine Betroffenheit von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft mit dem anderen Elternteil entstammenden Kindern sowie ihrer betreuenden El-

⁵⁸⁹ Siehe hierzu Abschnitte III.2.c.aa.[1]. und III.2.c.aa.[2]. dieser Arbeit.

⁵⁹⁰ Ein über die in der EMRK normierten Rechte und Grundfreiheiten, auf die sich der Schutz des Art 14 EMRK beschränkt, hinausgehendes allgemeines Gleichbehandlungsgebot ist in Art 1 des am 01.04.2005 in Kraft getretenen 12. Zusatzprotokolls enthalten, das allerdings bisher nur von wenigen EU-Staaten, zu denen weder Österreich noch Deutschland zählen, ratifiziert worden ist, vgl Frowein/Peukert, Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar³ (2009) Art 14 EMRK Rz 1; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch⁶ (2016) § 26 Rz 40; Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar² (2006) Art 14 EMRK Rz 3.

⁵⁹¹ Grabenwarter/Pabel, EMRK § 26 Rz 4; Meyer-Ladewig, EMRK Art 14 EMRK Überschrift zu Rz 5; Ulrich in Deixler-Hübner/Ulrich 1 (8).

⁵⁹² EGMR 03.12.2009, 22028/04, Zaunegger ./ Deutschland ÖJZ 2010/2 (MRK), 138 (Z 35); 28.10.1987 (Urteil Nr 15/1986/113/161), Inze gegen Österreich ÖJZ 1988/4 (MRK), 177 (178); 03.02.2011, 35637/03, Sporer gegen Österreich; Grabenwarter/Pabel, EMRK § 26 Rz 4; Peters/König, Kapitel 21: Das Diskriminierungsverbot, in Dörr/Grote/Marauhn/Rupprecht (Hrsg), EMRK/GG2 (2013) 1301 Rz 11; Meyer-Ladewig, EMRK Art. 14 EMRK Rz 5.

ternteile in dem von Art 8 Abs 1 EMRK umfassten Recht auf Achtung ihres Familienlebens in Betracht.

Falls eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK zu bejahen ist, überprüft der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht mehr gesondert, ob auch Art 8 EMRK allein verletzt ist.⁵⁹³

Der Begriff der Familie iSv Art 8 EMRK ist nach ständiger Rechtsprechung des EGMR nicht nur bei ehelichen Beziehungen, sondern auch sonst bei tatsächlich stattfindendem „Familienleben“⁵⁹⁴ (sogenannte „De facto-Familienbande“⁵⁹⁵) zu bejahen, was – unabhängig von einer etwaigen rechtlichen Formalisierung⁵⁹⁶ – im jeweiligen Einzelfall abhängig von Kriterien wie zB gemeinsamer Wohnung, Art und Dauer der Beziehung sowie deren etwaiger Verfestigung durch gemeinsame Kinder – die sofort mit der Geburt Mitglieder dieser Familie werden⁵⁹⁷ – zu beurteilen ist.⁵⁹⁸ Auch die Beziehung zwischen einem nicht verheirateten Elternteil und dessen Kind stellt Familie iSv Art 8 Abs 1 EMRK dar.⁵⁹⁹

Da das von Art 8 EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens nichteheliche und eheliche Familien gleichermaßen umfasst, liegt eine Diskriminierung von nichtehelichen Familien iSv Art 14 iVm Art 8 EMRK vor, wenn es einer zwischen ehelichen und nichtehelichen Familien differenzierenden gesetzlichen Regelung „an einer objektiven und vernünftigen Rechtfertigung fehlt, d. h. wenn sie kein ‚legitimes Ziel‘ verfolgt oder wenn ‚zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht“.⁶⁰⁰

Die Tatsache, dass in Österreich de lege lata nur zugunsten geschiedener und ehemals verpartneter Elternteile nach § 68a Abs 1 EheG in direkter bzw analoger Anwendung ein Betreuungsunterhaltsanspruch idR jedenfalls bis zum vollendeten fünften Lebensjahr des Kindes besteht, bedeutet eine Benachteiligung der aus alleinerziehendem Elternteil und seinem keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft mit dem anderen Elternteil entstammenden Kind bestehenden Familie, da der alleinbetreuende Elternteil seinen Lebensunterhalt in einer derartigen Familienkonstellation in jedem Fall selbst verdienen und sein Kind während der Arbeitszeit in Fremdbetreuung geben muss, während geschiedene und ehemals verpartnerte Elternteile, soweit ihr Lebensbedarf über § 68a Abs 1 EheG vom anderen Elternteil gedeckt ist, keiner Erwerbstätigkeit nachgehen müssen und folglich diese Zeit dem Familienleben mit dem Kind widmen können.

⁵⁹³ EGMR 03.12.2009, 22028/04, Zaunegger ./, Deutschland ÖJZ 2010/2 (MRK), 138 (Z 64 und Z 65); 03.02.2011, 35637/03, Sporer gegen Österreich.

⁵⁹⁴ EGMR 13.06.1979, Marckx gegen Belgien EuGRZ 1979, 454 (Z 31); (Urteil Nr 6/1985/92/139), Johnston ua gegen Irland 313 EuGRZ 1987, 313 (Z 55); Grabenwarter/Pabel, EMRK § 22 Rz 16 mwN in FN 86.

⁵⁹⁵ EGMR 03.02.2011, 35637/03, Sporer gegen Österreich.

⁵⁹⁶ Grabenwarter/Pabel, EMRK § 22 Rz 16; Peters/Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention² (2012) § 27 Rz 1.

⁵⁹⁷ EGMR 03.02.2011, 35637/03, Sporer gegen Österreich.

⁵⁹⁸ Grabenwarter/Pabel, EMRK § 22 Rz 16; Peters/Altwickler, EMRK § 27 Rz 1.

⁵⁹⁹ Frowein/Peukert, EMRK Art 8 EMRK Rz 17; EGMR 13.06.1979, Marckx gegen Belgien EuGRZ 1979, 454 (Z 31).

⁶⁰⁰ EGMR 13.06.1979, Marckx gegen Belgien EuGRZ 1979, 454 (Z 33).

Da diese Benachteiligung ihren Rechtsgrund nur in der Tatsache hat, dass das zu betreuende gemeinsame Kind außerhalb einer rechtlich formalisierten Partnerschaft geboren wurde, diese Differenzierung aber nach Art 14 EMRK gerade verboten ist, ist Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK verletzt und somit gem der Rechtsprechung des EGMR eine gesonderte Prüfung eines Verstoßes gegen Art 8 EMRK allein nicht mehr erforderlich.

4. Zusammenfassung zu V.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die derzeitige Rechtslage in Österreich, wonach geschiedenen Elternteilen bei Betreuung eines ehelichen Kindes nach § 68a Abs 1 EheG im Regelfall jedenfalls bis zum vollendeten fünften Lebensjahr des Kindes ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil in Höhe des eigenen Lebensbedarfs, betreuenden Elternteilen keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder dagegen – bei Müttern abgesehen von dem von § 235 Abs 1 ABGB umfassten 8-Wochen-Zeitraum nach der Geburt – kein Unterhaltsanspruch zusteht, sowohl im Hinblick auf die keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kinder als auch im Hinblick auf die sie betreuenden Mütter und Väter gegen den Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG verstößt. Außerdem liegt eine Diskriminierung im Hinblick auf das von Art 14 iVm Art 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens vor.

Da eine analoge Anwendung von § 68a Abs 1 EheG auf kinderbetreuende Elternteile keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft entstammender Kinder ausscheidet,⁶⁰¹ ist zur Herstellung eines verfassungskonformen Zustands ein Tätigwerden des Gesetzgebers unumgänglich, wofür im folgenden Abschnitt VI ein Lösungsvorschlag unterbreitet wird.⁶⁰²

⁶⁰¹ Siehe Abschnitt III.2.c.bb. dieser Arbeit.

⁶⁰² Beclin, EF-Z 2007/3, 10 (12).

VI. NEUREGELUNG DES GESETZLICHEN BETREUUNGSUNTERHALTS IN DEUTSCHLAND UND ÖSTERREICH

Im Folgenden wird nunmehr – ausgehend von bisher in der österreichischen und deutschen Lehre unterbreiteten Lösungsansätzen, von denen zunächst einige vorgestellt werden, und unter Berücksichtigung der anzustrebenden Hauptziele, zu denen ebenfalls Ausführungen erfolgen – ein Vorschlag für eine Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts in Deutschland und Österreich entwickelt.

1. Bisherige Lösungsvorschläge zur Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts

a. Österreich

Fischer-Czermak/Beclin⁶⁰³ und Ferrari⁶⁰⁴ plädieren für eine geschlechtsunabhängige Ausweitung von § 168 ABGB aF (also dem jetzigen § 235 ABGB) in Anlehnung an § 1615l BGB für alle Elternteile, soweit diese wegen der Kinderbetreuung an einer Erwerbstätigkeit gehindert sind, was nach Fischer-Czermak/Beclin⁶⁰⁵ – die als Höhe den notwendigen Unterhalt nach Billigkeit unter Berücksichtigung sonstiger Sorgepflichten, der Einkommens- und Vermögensverhältnisse beider Kindeseltern und anderweitiger Unterhaltsansprüche vorschlagen – für die ersten drei Lebensjahre des Kindes vermutet werden sollte.

Aichhorn/Marschall⁶⁰⁶ schlagen zur Angleichung der Betreuungsmöglichkeiten ehelicher und unehelicher Kinder sowie zur Verbesserung der finanziellen Verhältnisse alleinerziehender Mütter und Väter eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 68a Abs 1 EheG auf uneheliche Kinder betreuende Elternteile vor.

Deixler-Hübner⁶⁰⁷ plädiert für eine differenzierende Lösung, nämlich einen an § 68a EheG angelehnten Betreuungsunterhalt während bestehender Lebensgemeinschaft und einen an § 1615l BGB orientierten Unterhaltsanspruch außerhalb einer Lebensgemeinschaft zugunsten des Elternteils, der wegen der Betreuung eines gemeinsamen Kindes an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist, jeweils mit einer grundsätzlichen Befristung auf die ersten drei Lebensjahre des Kindes mit Verlängerungsoption bei der Notwendigkeit längerer Betreuung im Einzelfall, für die dann der jeweilige Unterhaltsberechtigte die Beweislast tragen sollte. Gegen diesen Vorschlag spricht mE, dass zur Vermeidung einer erneuten Ungleichbehandlung ein einheitlicher Anspruch für alle kinderbetreuenden Elternteile geschaffen werden sollte.

⁶⁰³ Fischer-Czermak/Beclin, iFamZ 2012 (189); Fischer-Czermak/Beclin, GA für den 18. ÖJT 170-172.

⁶⁰⁴ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (43); Ferrari in Neuwirth 33 (43).

⁶⁰⁵ Fischer-Czermak/Beclin, iFamZ 2012, 188 (189).

⁶⁰⁶ Aichhorn/Marschall in Bundesministerium für Justiz 222 (232).

⁶⁰⁷ Deixler-Hübner, iFamZ 2012, 193 (196).

b. Deutschland

Aufgrund von Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der aktuellen Gesetzeslage zum Betreuungsunterhalt nichtehelicher und geschiedener Elternteile wurden in Deutschland zuletzt die folgenden beiden ausformulierten Vorschläge für eine Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts unterbreitet, die – mE im Hinblick auf die Vermeidung einer erneuten Ungleichbehandlung zurecht – beide gleichermaßen eine einheitliche Anspruchsnorm für alle kinderbetreuenden Elternteile vorsehen, unabhängig davon, ob sie mit dem anderen Elternteil verheiratet sind oder waren.

aa. Gesetzgebungsvorschlag Löhnig/Preisner

Löhnig/Preisner⁶⁰⁸ schlagen vor, § 1615l Abs 2 Satz 2–5 BGB und § 1570 BGB aufzuheben und durch eine in den Regelungen zum Kindschaftsrecht, zB als § 1699 BGB nF, zu verortende einheitliche Anspruchsnorm zu ersetzen, die geschlechtsneutral formuliert sein und einen Betreuungsunterhaltsanspruch mindestens⁶⁰⁹ für die ersten drei Lebensjahre des Kindes vorsehen solle, wobei Verlängerungsmöglichkeiten aus Billigkeit nur im Hinblick auf kindbezogene Belange und unter Berücksichtigung bestehender Kinderbetreuungsmöglichkeiten in Betracht kommen sollten. Dieser Betreuungsunterhaltsanspruch habe seine verfassungsrechtliche Grundlage im Schutz der Familie, Art 6 Abs 1 GG.

Eine Verlängerungsmöglichkeit aus partnerschaftsbedingten Gründen, die bisher in dem Wort „insbesondere“ in § 1615l Abs 2 Satz 5 BGB verankert war, sollte nach Ansicht von Löhnig/Preisner in der einheitlichen Regelung zum Betreuungsunterhalt entfallen, da diese den ebenfalls von Art 6 Abs 1 GG umfassten besonderen Schutz der Ehe verletze,⁶¹⁰ und stattdessen nur in der neu zu fassenden Vorschrift des § 1570 Abs 2 BGB nF für geschiedene Ehegatten vorgesehen werden, „solange und soweit dies unter Berücksichtigung der Aufteilung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe erforderlich ist, um Nachteile auszugleichen, die durch das Vertrauen in die Rollenaufteilung in der Ehe und ihre Fortdauer entstanden sind.“⁶¹¹

Der Vorschlag von Löhnig/Preisner für einen einheitlichen Betreuungsunterhaltsanspruch sieht weiter einen gesetzlichen Mindestunterhalt in Höhe von monatlich einem Zwölftel von 150 % des jeweiligen jährlichen steuerlichen Existenzminimums vor,⁶¹² was einem monatlichen Mindestunterhalt von rund 1.000 EUR entspreche, wobei für geschiedene kinderbetreuende Elternteile in § 1570 Abs 1 BGB nF die Möglichkeit vorgesehen ist, einen über den nach § 1699 BGB nF zustehenden Betrag hinausgehenden Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen geltend zu machen.

⁶⁰⁸ Löhnig/Preisner, FamRZ 2010, 2029 (2035).

⁶⁰⁹ Eine längere Mindestdauer sei wünschenswert, vgl Löhnig/Preisner, FamRZ 2010, 2029 (2035 FN 35).

⁶¹⁰ Löhnig/Preisner, FamRZ 2010, 2029 (2033 und 2035).

⁶¹¹ Löhnig/Preisner, FamRZ 2010, 2029 (2035).

⁶¹² Die Festlegung der genauen Höhe sei eine politische Frage, Löhnig/Preisner, FamRZ 2010, 2029 (2033 und 2035 FN36).

bb. Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschuss Familienrecht

Ein weiterer Formulierungsvorschlag für einen einheitlichen Betreuungsunterhaltstatbestand wurde durch den Ausschuss Familienrecht des Deutschen Anwaltvereins im Rahmen einer Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts⁶¹³ im Januar 2017 publiziert. Danach soll ein Anspruch auf Unterhalt gegen den anderen Elternteil bestehen, solange und soweit ein Elternteil ein gemeinsames Kind betreut, wobei in den ersten drei Lebensjahren des Kindes Einkünfte des betreuenden Elternteils aus einer Erwerbstätigkeit, zu deren Aufnahme in diesem Zeitraum keine Obliegenheit bestehen soll, auf seinen Unterhaltsanspruch nicht anzurechnen sein sollten. Ab dem dritten Geburtstag des Kindes soll nach dem Vorschlag ein Unterhaltsanspruch bestehen, solange und soweit eine Betreuung durch dritte Personen nicht möglich ist, wobei von einem Betreuungsbedarf idR bis zum 14. Geburtstag des gemeinsamen Kindes ausgegangen wird. Die Höhe des Unterhalts, der nach dem Tod des Unterhaltspflichtigen von dessen Erben als Nachlassverbindlichkeit zu erfüllen sein soll, orientiert sich dem Vorschlag zufolge an den Einkommens- und Vermögensverhältnissen beider Elternteile, wobei ausdrücklich eine Regelung vorgesehen ist, wonach auf Betreuungsunterhalt für die Zukunft nicht verzichtet werden kann.⁶¹⁴

2. Hauptziele der Neuregelung

Der hier unterbreitete Vorschlag einer Neuregelung des Betreuungsunterhalts verfolgt als Hauptziele das Wohl der zu betreuenden Kinder, die gleichmäßige Verteilung der Lasten der Kinderbetreuung auf beide Elternteile sowie die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation von sogenannten Ein-Elternteil-Familien.

a. Kindeswohl*aa. Kindeswohl als Leitgedanke des österreichischen und deutschen Familienrechts*

Ein zentrales Prinzip des Familienrechts stellt in Österreich und Deutschland gleichermaßen das Kindeswohl dar, das somit auch bei einer Neuregelung des Betreuungsunterhalts als wesentlicher Umstand zu berücksichtigen ist.

Wie in Österreich nunmehr Satz 1 des durch das KindNamRÄG 2013⁶¹⁵ neu geschaffenen § 138 ABGB ausdrücklich klarstellt, ist das Kindeswohl in „allen das minderjährige Kind betreffenden Angelegenheiten [...] als leitender Gesichtspunkt zu berücksichtigen und bestmöglich zu gewährleisten.“ § 138 Satz 2 ABGB enthält beispielhaft eine Aufzählung von kindeswohlrelevanten Kriterien, darunter unter anderem „eine angemessene Versorgung [...] sowie eine sorgfältige Erziehung des Kindes“ (Z 1), „die Fürsorge, Geborgenheit und der Schutz der körperlichen und seelischen Integrität des Kindes“ (Z 2), „die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten

⁶¹³ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 43–48.

⁶¹⁴ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 43–48.

⁶¹⁵ BGBl I 2013/15 (Art 1 Z 4 leg cit).

des Kindes“ (Z 4), „verlässliche Kontakte [...] sowie sichere Bindungen des Kindes“ zu beiden Elternteilen und wichtigen Bezugspersonen (Z 9).⁶¹⁶

In Deutschland ergibt sich die generelle Kindeswohlbindung der Eltern im Rahmen der Ausübung ihrer elterlichen Sorge aus der „Leitbildfunktion“⁶¹⁷ des § 1627 BGB und die der Gerichte generell im Rahmen von „kindschaftsrechtlichen Entscheidungen“⁶¹⁸ aus der als „allgemeines Rechtsprinzip“⁶¹⁹ ausgestalteten Regelung des § 1697a BGB. Eine gesetzliche Aufzählung von Gesichtspunkten, die für die Beurteilung des Kindeswohls maßgeblich sind, ist im BGB bisher nicht enthalten. Da „Familiengerichte, Sachverständige, Jugendämter und Politik [...] zwar verpflichtet [seien], sich bei all ihren Entscheidungen vor allem am Kindeswohl zu orientieren“, die „Ansicht, was das Kindeswohl ist und was es tatsächlich positiv beeinflusst, [...] zurzeit aber weniger von seriösen Studien als von Mutmaßungen getragen“⁶²⁰ werde, hat die deutsche Bundesfamilienministerin Manuela Schwesig im Jahr 2014 eine ausführliche politische Untersuchung der Thematik gefordert, die allerdings bisher seitens der Bundesregierung nicht umgesetzt wurde. Für Deutschland ist daher auf die vorhandenen Forschungsergebnisse, wie zB die bisher erschienenen drei World Vision Kinderstudien 2007,⁶²¹ 2010⁶²² und 2013⁶²³ zurückzugreifen, wobei aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit als Orientierung mE auch die in § 138 Satz 2 ABGB aufgezählten Kriterien herangezogen werden können.

bb. Vereinbarkeit einer Berufstätigkeit des betreuenden Elternteils mit dem Kindeswohl

[1]. Sozialwissenschaftliche und psychologische Sichtweise

Die positive Entwicklung der kindlichen Persönlichkeit, die ein maßgebliches Kriterium für die Wahrung des Kindeswohls darstellt, wird aus psychologischer und sozialwissenschaftlicher Sicht durch eine berufliche Tätigkeit des betreuenden Elternteils immer dann unvorteilhaft beeinflusst, wenn diese mit „ungünstigen ökonomischen, erzieherischen und familiären Verhältnissen einhergeht“, wie sie mit Scheidungen idR aufgrund von Unvollständigkeit der Familie, Störungen des Gefühlslebens der Familienmitglieder, aus finanziellen Beweggründen unfreiwillig aufgenommener oder fortgeführter Erwerbstätigkeit und dadurch erhöhter psychischer Belastung des alleinerziehenden Elternteils, verbunden sind.⁶²⁴

⁶¹⁶ Siehe hierzu Ferrari, Kindesrecht und Elternkonflikt in Österreich, in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg), Kindesrecht und Elternkonflikt (2013) 111 (113–114).

⁶¹⁷ Huber in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1627 BGB Rz 2.

⁶¹⁸ Olzen in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1697a BGB Rz 2.

⁶¹⁹ Olzen in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1697a BGB Rz 1.

⁶²⁰ Pressemitteilung der CDU/CSU Fraktion des Deutschen Bundestages vom 06.06.2014, Psychologische Studie zum Kindeswohl, FF 2014, 341.

⁶²¹ World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2007 (2007).

⁶²² World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2010 (2010).

⁶²³ World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2013 (2013).

⁶²⁴ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (47); Limbach, NJW 1982, 1721 (1723).

Ferrari⁶²⁵ spricht sich daher für eine Fortgeltung der von der Rechtsprechung zu § 1570 BGB aF entwickelten Gesichtspunkte aus, die den betreuenden Elternteil insbesondere unter Berücksichtigung des Alters und der Zahl der Kinder, deren physischen, psychischen und seelischen Zustands sowie vor allem der für den betreuenden Elternteil verfügbaren Beschäftigungsmöglichkeiten nur schrittweise zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und deren Ausweitung bis hin zu einer Vollzeitstätigkeit verpflichteten.

Diese von Ferrari zu § 68a Abs 1 EheG geäußerte Sichtweise ist mE – wie im Folgenden erläutert wird – auch bei einer gesetzlichen Neuregelung des Betreuungsunterhalts zu berücksichtigen.

[2]. Zunahme atypischer Arbeitszeiten

Hinsichtlich der zeitlichen Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit ist zu berücksichtigen, dass sogenannte atypische Arbeitszeiten – die besonders häufig Alleinerziehende tangieren⁶²⁶ – allgemein im Berufsleben immer größere Bedeutung gewinnen. So waren nach einer vom Referat Arbeitszeit des Ministeriums für Arbeit, Soziales und Stadtentwicklung, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen in Auftrag gegebenen repräsentativen Beschäftigtenbefragung zum Thema Arbeitszeit bereits im Jahr 1999 in Deutschland nur noch rund 15 % aller Beschäftigten und 18 % der Alleinerziehenden innerhalb der früher üblichen einschichtigen Arbeitszeit (9–17 Uhr) und die restlichen Erwerbstätigen – nach Angaben der Befragten ganz überwiegend ohne eigene Einflussnahmemöglichkeiten⁶²⁷ – (auch) in Wochenend-, Nachtarbeit und Wechselschicht, Teilzeit oder mit regelmäßiger Ableistung von Überstunden beschäftigt,⁶²⁸ wobei dieser Trend weiter anhält.⁶²⁹

Lediglich der hohe Anteil teilzeitbeschäftigter Frauen, der in Österreich und Deutschland mit jeweils 47 % im Jahr 2014⁶³⁰ im europäischen Spitzenfeld liegt,⁶³¹ beruht in bei-

⁶²⁵ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (47).

⁶²⁶ Alt/Berg-Lupper/Bien/Brunnbauer, Zur Zukunft der Kinderbetreuung – Bilanz und Perspektiven, in Bien/Rauschenbach/Riedel (Hrsg), Wer betreut Deutschlands Kinder?¹ (2007) 281 (289).

⁶²⁷ Nur 17 % der Befragten gaben an, über ihre Arbeitszeiten selbst bestimmen zu können, Bundesmann-Jansen/Groß/Munz, Arbeitszeit '99. Ergebnisse einer repräsentativen Beschäftigtenbefragung zu traditionellen und neuen Arbeitszeitformen in der Bundesrepublik Deutschland (2000) 183.

⁶²⁸ Bundesmann-Jansen/Groß/Munz, Arbeitszeit '99 45 (Tabelle II. 1 – 1). Der hohe Wert atypisch Beschäftigter in dieser Untersuchung resultiert aus der – in anderen Studien nicht üblichen – Kombination von Wochenend-, Nachtarbeit und Wechselschicht, Teilzeitarbeit und regelmäßiger Überstundenarbeit. Die Erhebung wurde laut Auskunft des zuständigen Ministeriums in späteren Jahren nicht wiederholt.

⁶²⁹ Absenger/Ahlers/Bispinck/Kleinknecht/Klenner/Lott/Pusch/Seifert, Neuer WSI-Report – Arbeitszeiten in Deutschland. Entwicklungstendenzen und Herausforderungen für eine moderne Arbeitszeitpolitik (November 2014) 8 und 11 (Abbildung 4). Die Untersuchung erfasst anders als die von Bundesmann-Jansen/Groß/Munz (vgl FN 628) Wechselschicht, Nacht- und Wochenendarbeit getrennt von Teilzeitarbeit, sodass zwar die Zahlen nicht vergleichbar sind, aber zumindest der Trend bestätigt wird.

⁶³⁰ Deutschland und Österreich liegen damit bei der Teilzeitquote der Frauen innerhalb Europas auf Platz 2; nur in den Niederlanden ist mit 75 % der Anteil der Frauen, die Teilzeit arbeiten, noch höher, vgl Crößmann/Mischke, Arbeitsmarkt auf einen Blick – Deutschland und Europa, 2016 (Januar 2016) 51.

⁶³¹ Der Anteil teilzeitbeschäftigter Männer beträgt in beiden Ländern jeweils 9 % und liegt damit im europäischen Mittelfeld, vgl Crößmann/Mischke, Arbeitsmarkt 51.

den Ländern zum Teil auch auf privaten Motiven, insbesondere der Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Erwachsenen⁶³² sowie sonstigen persönlichen oder familiären Gründen.⁶³³

[3]. Kollision mit Regelöffnungszeiten von Kinderbetreuungseinrichtungen

Da Kinderbetreuungseinrichtungen (Kindertagesstätten, Horte, Kindergärten, Schulen) in Deutschland und Österreich gleichermaßen Regelöffnungszeiten von montags bis freitags tagsüber anbieten, der überwiegenden Anzahl an Beschäftigten aber inzwischen abverlangt wird, ihre Tätigkeit auch abends, nachts und/oder am Wochenende abzuleisten bzw. Überstunden zu erbringen, kollidieren die Beschäftigungszeiten in aller Regel zumindest teilweise mit den Fremdbetreuungszeiten der Kinder.

Wenn den betreuenden Elternteilen dennoch eine Vollerwerbsobliegenheit auferlegt wird, wie es in Deutschland seit dem 01.01.2008 idR ab dem vollendeten dritten Lebensjahr eines Kindes und in Österreich generell ab der neunten Lebenswoche von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern der Fall ist, geht die partielle Nichtvereinbarkeit der beruflichen Tätigkeit mit den verfügbaren Fremdbetreuungsmöglichkeiten komplett zu Lasten der alleinerziehenden Elternteile und ihrer betreuungsbedürftigen Kinder.

Auch Ansätze wie das in Deutschland im Januar 2016 gestartete „Bundesprogramm „KitaPlus: Weil gute Betreuung keine Frage der Uhrzeit ist““,⁶³⁴ das es den teilnehmenden Kindertagesstätten, Horten und Kindertagespflegestellen durch eine finanzielle Förderung des Bundes und diverser Verbände ermöglicht, orientiert am konkreten Bedarf der Eltern eine Verlängerung der regulären Öffnungszeiten sowie Kinderbetreuung auch samstags, sonntags und an Feiertagen sowie zu Nachtzeiten anzubieten, bieten mE im Hinblick auf das Wohl der Kinder unter Berücksichtigung der im Abschnitt VI.2.a.aa. dieser Arbeit genannten Kriterien – insbesondere Geborgenheit, Förderung der Anlagen des Kindes und sichere Bindungen zu wichtigen Bezugspersonen – keine akzeptable Lösung. Gerade da hierbei die Betreuungsdauer für die Kinder nicht insgesamt verlängert, sondern nur zu anderen Zeiten angeboten werden soll,⁶³⁵ sind Gemeinschaftsleben innerhalb einer Gruppe und feste Bezugserzieher(innen), wie es in regulären Kinder-

⁶³² Dies geben in Deutschland 29 % und in Österreich 38 % der teilzeitbeschäftigten Frauen als Grund dafür an, keine Vollzeittätigkeit auszuüben, vgl. für Deutschland: Crößmann/Mischke, Arbeitsmarkt 48; für Österreich: Arbeitsmarktstatistiken 2016: Detailergebnisse E Arbeitszeit, statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/erwerbsstatus/index.html (abgefragt am 5. 6. 2017).

⁶³³ Deshalb üben in Deutschland 21 % und in Österreich 17 % der teilzeitbeschäftigten Frauen keine Vollzeittätigkeit aus, vgl. für Deutschland: Crößmann/Mischke, Arbeitsmarkt 48; für Österreich: Arbeitsmarktstatistiken 2016: Detailergebnisse E Arbeitszeit, statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/erwerbsstatus/index.html (abgefragt am 5. 6. 2017).

⁶³⁴ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Bundesprogramm „KitaPlus: Weil gute Betreuung keine Frage der Uhrzeit ist“, kitaplus.fruehe-chancen.de/programm/ueber-das-programm/ (abgefragt am 1. 6. 2017).

⁶³⁵ Wobei eine Verlängerung der Fremdbetreuungszeiten über eine Vollzeitbetreuung hinaus mE ebenfalls problematisch erscheint, da die Kinder dann mehr Zeit des Tages außer Haus als innerhalb der eigenen Familie verbringen würden.

betreuungseinrichtungen üblich ist, bei derartigen Angeboten faktisch ausgeschlossen, wenn ein Kind die Einrichtung nur immer zu den Zeiten besucht, die mit den wechselnden beruflichen Erfordernissen des betreuenden Elternteils kompatibel sind. Außerdem ist jedenfalls für einen alleinerziehenden Elternteil eine Fremdbetreuung eines noch nicht schulpflichtigen Kindes zur Nachtzeit während der eigenen berufsbedingten Abwesenheit keine zufriedenstellende Lösung, da in diesem Fall die eigenen Schlafzeiten nicht mehr mit denen des Kindes übereinstimmen würden, sodass der Elternteil immer dann ein ausgeschlafenes und unternehmungsfreudiges Kind zu Hause hätte, wenn er selbst erschöpft von der Nachtarbeit nach Hause kommt und eigentlich schlafen müsste.

[4]. Vermeidung einer Überforderung des betreuenden Elternteils

Aufgrund der mit der Zeugung eines gemeinsamen Kindes übernommenen Verantwortung und der daraus „fortwirkenden Verpflichtung“⁶³⁶ ist es daher mE zur Vermeidung einer das Kindeswohl beeinträchtigenden Überforderung des betreuenden Elternteils insbesondere auch im Hinblick auf die in § 138 Satz 1 ABGB genannten Kriterien geboten, das Problem der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und beruflicher Tätigkeit auf beide Elternteile zu verteilen.

Dies soll mit der im Abschnitt VI.4. dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösung dadurch erreicht werden, dass dem betreuenden Elternteil angelehnt an § 68a Abs 1 EheG bis zum vollendeten fünften Lebensjahr des von ihm betreuten gemeinsamen Kindes ein fester Prozentsatz des Einkommens des anderen Elternteils als Unterhaltsbetrag zusteht, der danach orientiert an Kriterien wie Alter und Zahl der Kinder, deren physischen, psychischen und seelischen Zustand sowie der für den betreuenden Elternteil verfügbaren Beschäftigungsmöglichkeiten stufenweise bis hin zur Zumutbarkeit einer Vollzeittätigkeit reduziert wird, die idR – insoweit orientiert an der Initiativstellungnahme des Ausschusses Familienrecht des Deutschen Anwaltvereins⁶³⁷ – erst ab einem Kindesalter von 15 Jahren anzunehmen sein wird. Die im Vorschlag vorgesehene Nichtanrechnung eigenen Einkommens des betreuenden Elternteils soll für diesen zum einen Anreiz bieten, neben der Kinderbetreuung eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Zum anderen soll damit auch eine Überforderung der alleinerziehenden Elternteile und ihrer Kinder durch eine zu frühe Aufnahme einer Vollzeittätigkeit des betreuenden Elternteils vermieden werden, die offenbar idR erst ab dem vollendeten 15. Lebensjahr des Kindes mit dessen Betreuung kompatibel ist. Dies ist daraus zu entnehmen, dass in Deutschland mit 38,3 % die Vollzeitquote von Müttern minderjähriger Kinder der Altersgruppe 15 bis 17 Jahre am höchsten ist⁶³⁸ und auch in Österreich die Teilzeitquote von Müttern ab der Kindesaltersgrenze von 15 Jahren deutlich sinkt, nämlich von 76 % (Kindesalter unter 15 Jahren) auf 31 % (Kindesalter ab 15 Jahren).⁶³⁹

⁶³⁶ Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (70).

⁶³⁷ Siehe Abschnitt VI.1.b.bb. dieser Arbeit.

⁶³⁸ Keller/Haustein, Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Ergebnisse des Mikrozensus 2013 (2015) 737 (Tabelle 1).

⁶³⁹ Kaindl/Schipfer, FiZ 2015, 14.

cc. Subjektives Wohlbefinden des Kindes

Die Frage, welche Rolle es tatsächlich für das Wohl eines Kindes spielt, dass seine Pflege und Erziehung ganz oder überwiegend durch einen Elternteil erfolgt, ist nach Ansicht von Ferrari⁶⁴⁰ nicht nur mit Blick auf eine positive Entwicklung der kindlichen Persönlichkeit zu beantworten; von entscheidender Bedeutung sei vielmehr das subjektive Wohlbefinden des Kindes als ein überaus wichtiger Aspekt des Kindeswohls, weshalb auch in erster Linie die Meinung des jeweils betroffenen Kindes dazu eingeholt werden solle, was nach dessen eigener Einschätzung seinem Wohl entspreche.⁶⁴¹

In diesem Zusammenhang sind die Ergebnisse der World Vision Kinderstudien – Kinder in Deutschland 2007, 2010 und 2013 – erwähnenswert, wonach von den darin befragten Kindern im Alter von 6 bis 11 Jahren⁶⁴² mit 31 bis 35 % jeweils mit deutlichem Abstand⁶⁴³ am häufigsten die Kinder alleinerziehender erwerbstätiger Elternteile über ein Zuwendungsdefizit von Seiten der Eltern klagten.⁶⁴⁴ Diese Benachteiligung der Kinder alleinerziehender Elternteile soll mit der vorzuschlagenden Lösung vermieden werden, indem man dem betreuenden Elternteil in den ersten Lebensjahren des Kindes keine und danach nur eine stufenweise zunehmende Erwerbsobliegenheit auferlegt, sodass entweder das zu betreuende Kind nicht ganztags in Fremdbetreuung gegeben werden muss, um währenddessen einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können, oder jedenfalls die Zeit nach der Heimkehr des Kindes zur gemeinsamen Gestaltung verfügbar ist, weil zB Einkäufe und Hausarbeit bereits vorher erledigt werden konnten.

Damit könnte auch die aus nur einem Elternteil und Kind(ern) bestehende Familie mehr „gelebt“ und damit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die eigene Familie für Kinder generell nach zahlreichen Erhebungen⁶⁴⁵ auf Platz 1 der „Glücksfaktoren“⁶⁴⁶ steht.

Dies soll mit dem in Abschnitt VI.4. unterbreiteten, eigenen Lösungsvorschlag durch die verlängerte Dauer und – wegen Nichtanrechnung eigenen Einkommens – leichtere Durchsetzbarkeit eines Unterhaltsanspruchs des betreuenden Elternteils erreicht wer-

⁶⁴⁰ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (47 FN 27).

⁶⁴¹ Ferrari in Ferrari/Hopf 37 (47 FN 27).

⁶⁴² 2007: 8 bis 11 Jahre, vgl. Schneekloth/Pupeter, Familiäre Hintergründe: bunte Vielfalt, aber auch deutliche Unterschiede in den Lebenslagen, in World Vision Deutschland e.V. (Hrsg.), Kinder in Deutschland 2013 (2013) 79 (108).

⁶⁴³ Demgegenüber empfanden von den Kindern, deren Eltern beide Teilzeit arbeiteten oder ein Elternteil in Vollzeit und der andere in Teilzeit beschäftigt war, in allen drei Studien jeweils nur 8 % und in den Familien, in denen beide Eltern Vollzeit arbeiteten, 17 bzw 16 % der befragten Kinder die ihnen von Seiten der Eltern zugewendete Zeit als zu wenig, Schneekloth/Pupeter in World Vision Deutschland e.V. 79 (108).

⁶⁴⁴ Schneekloth/Pupeter in World Vision Deutschland e.V. 79 (108).

⁶⁴⁵ Ua Kinder Studie 2013 „Die Welt mit Kinderaugen sehen“, emediarelease.de/uploads/downloads/3927_Zusammenfassung_kinderStudie_2013.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017) 4; GEO-lino-UNICEF-Kinderwertemonitor 2014, unicef.de/blob/56990/a121cfd7c7acbd2f4b97cbcdf0cc716/geolino-unicef-kinderwertemonitor-2014-data.pdf (abgefragt am 23. 6. 2017), 9.

⁶⁴⁶ Kinder Studie 2013 „Die Welt mit Kinderaugen sehen“, emediarelease.de/uploads/downloads/3927_Zusammenfassung_kinderStudie_2013.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017) 4.

den. Die damit eintretende finanzielle Unterstützung von Alleinerziehendenhaushalten könnte zudem auch die Situation der Kinder in Deutschland verbessern, die bisher nach den Ergebnissen der 2. World Vision Kinderstudie 2010⁶⁴⁷ infolge von „Armuterleben im Alltag“⁶⁴⁸ die ihnen von Seiten der Eltern zuteilwerdende Zuwendung als unzureichend empfinden.

b. Gleichmäßige Verteilung der Lasten der Kinderbetreuung auf beide Elternteile

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich ist bei Getrenntleben der Eltern grundsätzlich eine Zuteilung der elterlichen Unterhaltspflicht für ein gemeinsames Kind in Geld- und Betreuungsunterhalt und die generelle Gleichwertigkeit dieser beiden Arten der Unterhaltsleistung vorgesehen. Diese Gleichwertigkeit ist – wie die folgenden Ausführungen zeigen – vor allem in den besonders betreuungsintensiven ersten Lebensjahren eines Kindes idR nur dann gewährleistet, wenn der kinderbetreuende Elternteil Unterhalt für sich selbst vom anderen Elternteil erhält, was die vorzuschlagende Neuregelung sicherstellen soll.

aa. Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt von § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB und § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB

In Österreich und Deutschland gibt es mit § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB und § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB zwei im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und den Regelungsgehalt sehr ähnliche Vorschriften.

[1]. Entstehungsgeschichte

In beiden Normen ist – wenn auch mit einigen Abweichungen im Detail, auf die weiter unten noch eingegangen wird – die grundsätzliche Gleichwertigkeit der von einem Elternteil gegenüber einem Kind erbrachten Betreuungs-, Pflege- und Erziehungsleistungen mit dem vom anderen Elternteil geleisteten Geldunterhalt geregelt.

§ 231 ABGB ist in Abs 1 bis 3 identisch mit § 140 ABGB aF,⁶⁴⁹ der durch das KindNamRÄG 2013 mit Wirkung zum 01.02.2013⁶⁵⁰ in § 231 ABGB verschoben worden ist.⁶⁵¹ Beide Vorschriften – § 140 ABGB aF und § 1606 Abs 3 BGB – sind jeweils

⁶⁴⁷ Schneekloth/Pupeter, Familie als Zentrum: Bunt und vielfältig, aber nicht für alle Kinder gleich verlässlich, in World Vision Deutschland e.V. (Hrsg.), Kinder in Deutschland 2010 (2010) 61 (92).

⁶⁴⁸ Schneekloth/Pupeter in World Vision Deutschland e.V. 61 (92). Die Studie differenziert in diesem Punkt nicht danach, in welcher Familienform die Kinder aufwachsen, allerdings sind Alleinerziehendenfamilien generell in Österreich und Deutschland einem im Vergleich zu Paarhaushalten erhöhten Armutsrisiko ausgesetzt, vgl die Nachweise in FN 21 dieser Arbeit.

⁶⁴⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 33. Während § 140 ABGB über § 166 Satz 2 ABGB auch auf uneheliche Kinder anwendbar war – Martiny, Unterhaltsrang 344 – gilt § 231 ABGB nunmehr aufgrund der durch das KindNamRÄG 2013 erfolgten Aufhebung der Differenzierung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im ABGB unmittelbar für alle Kinder.

⁶⁵⁰ BGBl I 2013/15 (Art 9 § 1 leg cit).

⁶⁵¹ Außerdem hat das KindNamRÄG 2013 noch Abs 4 neu in § 231 ABGB eingefügt, vgl ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 33.

im Zuge der Umsetzung des in Österreich und Deutschland gleichermaßen in der Verfassung verankerten Gleichberechtigungsgrundsatzes entstanden. Für § 140 ABGB folgt dies aus den Erläuterungen der RV vom 10.12.1975⁶⁵² des zum 01.01.1978⁶⁵³ in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 30.06.1977 über die Neuordnung des Kindschaftsrechts,⁶⁵⁴ wonach der „Gesetzesentwurf [...] den Gleichberechtigungsgrundsatz und dessen Entsprechung, den Gleichverpflichtungsgrundsatz, nun auch [...] im Unterhaltsrecht zur Geltung“ bringe. Für § 1606 Abs 3 BGB ergibt sich dies bereits aus der Bezeichnung des zum 01.07.1958⁶⁵⁵ in Kraft getretenen „Gesetz[es] über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz – GleichberG)“,⁶⁵⁶ durch das die Regelung neu ins BGB eingefügt wurde.⁶⁵⁷ Seine aktuelle, im Wortlaut etwas präzisiertere Fassung hat § 1606 Abs 3 BGB durch das zum 01.07.1970⁶⁵⁸ in Kraft getretene NEhelG⁶⁵⁹ erhalten.

Die Regelung des § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB soll „die angemessene Bewertung der Pflege- und Erziehungsleistung der nichtehelichen, der geschiedenen und der getrenntlebenden Mutter im Verhältnis zu dem gleichrangig unterhaltspflichtigen Vater des Kindes“⁶⁶⁰ gewährleisten und zum Ausdruck bringen, dass „im Regelfall die Leistung der Mutter durch Pflege und Erziehung des Kindes der Zahlung des Regelunterhalts durch den Vater gleichzuwerten ist.“⁶⁶¹

Laut den Erläuterungen in der Regierungsvorlage und im Ausschussbericht zur Einführung des mit der aktuellen Vorschrift des § 231 Abs 2 ABGB identischen § 140 Abs 2 ABGB aF bezweckt auch die österreichische Regelung eine Anerkennung der vom haushaltsführenden Elternteil für die Kinderbetreuung erbrachten Dienste als einen vollwertigen Beitrag zur Deckung der kindlichen Bedürfnisse,⁶⁶² während „der andere Elternteil die übrigen Bedürfnisse des Kindes zu befriedigen hat“.⁶⁶³

⁶⁵² ErläutRV 60 BlgNR XIV. GP 15.

⁶⁵³ BGBl 1977/403 (Art XVIII § 1 leg cit).

⁶⁵⁴ BGBl 1977/403 (Art 1 leg cit).

⁶⁵⁵ dBGBl I 1957, 609 (Art 8 II Z 4 leg cit).

⁶⁵⁶ dBGBl I 1957, 609.

⁶⁵⁷ dBGBl I 1957, 609 (Art 1 Z 19 leg cit).

⁶⁵⁸ dBGBl I 1969, 1243 (§ 27 leg cit).

⁶⁵⁹ dBGBl I 1969, 1243 (Art 1 Z 11 leg cit).

⁶⁶⁰ Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuß) zu BT-Drucks V/4179, 3.

⁶⁶¹ Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuß) zu BT-Drucks V/4179, 3.

⁶⁶² RV 60 BlgNR XIV. GP 15; JAB 587 BlgNR XIV. GP 5.

⁶⁶³ JAB 587 BlgNR XIV. GP 5.

*[2]. Regelungsgehalt**[a]. Deutschland*

In Deutschland haften gem § 1606 Abs 3 Satz 1 BGB grundsätzlich beide Elternteile aufgrund ihres gleich nahen Verwandtschaftsgrades zum Kind „anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen“ für dessen Unterhalt.⁶⁶⁴

Wenn die Eltern eines minderjährigen unverheirateten Kindes nicht zusammenleben, hat idR der das Kind nicht betreuende Elternteil gem § 1612 BGB durch Zahlung einer Geldrente den Barunterhaltsbedarf des Kindes zu leisten,⁶⁶⁵ während der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, seine Verpflichtung zur Unterhaltsleistung gem § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB idR durch dessen Pflege und Erziehung,⁶⁶⁶ mithin durch die im Rahmen des Zusammenlebens in einem Haushalt in Form von „immaterieller und materieller Fürsorge“⁶⁶⁷ für die körperliche Gesundheit und geistig-seelische Entwicklung des Kindes erbrachten Leistungen erfüllt.⁶⁶⁸ Die zeitweise Unterstützung durch Dritte, zB Kindergarten oder Verwandte, ändert generell nichts an der Grundregel des § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB, solange der betreuende Elternteil noch selbst für die Erziehung und das Wohlergehen des Kindes verantwortlich bleibt.⁶⁶⁹ Wegen des idR weiter bestehenden Betreuungsbedarfs an den Wochenenden und in den Ferien gilt § 1603 Abs 3 Satz 2 BGB grundsätzlich auch bei einer Internatsunterbringung des Kindes, wobei bei ausreichender Leistungsfähigkeit eine Mithaftung des betreuenden Elternteils für etwaige damit verbundene Mehrkosten in Betracht kommt.⁶⁷⁰

Auch der Umstand, dass der Betreuungsbedarf eines Kindes idR in den Jahren vor dessen Volljährigkeit⁶⁷¹ stetig abnimmt, ändert nach Ansicht des BGH⁶⁷² nichts an der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Betreuungs- und Barunterhalt gem § 1606 Abs 3 Satz 2

⁶⁶⁴ Brudermüller in Palandt (2014) § 1606 BGB Rz 6.

⁶⁶⁵ Willekens in Scheiwe/Wersig 57.

⁶⁶⁶ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 21.

⁶⁶⁷ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 23.

⁶⁶⁸ Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 23.

⁶⁶⁹ BGH IVb ZR 587/80 FamRZ 1981, 543 (544); Brudermüller in Palandt (2014) § 1606 BGB Rz 8; Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 32; Scholz, Bar- und Betreuungsunterhalt für das minderjährige Kind, in Schwab/Hahne (Hrsg), Familienrecht im Brennpunkt (2004) 99 (101); nach Ansicht des OLG Nürnberg 10 WF 3924/91, FamRZ 1992, 983 wandelt sich der Betreuungsunterhaltsanspruch der Tochter nicht einmal nach deren Auszug aus dem Haushalt der sorgeberechtigten Mutter und Umzug zum Freund automatisch in einen Barunterhaltsanspruch gegen die Mutter um.

⁶⁷⁰ OLG Nürnberg 10 WF 2533/92, FamRZ 1993, 837 (838); Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 37; Brudermüller in Palandt (2014) § 1606 BGB Rz 9.

⁶⁷¹ Mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes entfällt die Grundlage für die Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt, stattdessen sind ab diesem Zeitpunkt beide Elternteile im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit barunterhaltspflichtig, wobei der Elternteil, in dessen Haushalt das volljährige Kind lebt, den Wert der diesem gegenüber in natura erbrachten Leistungen gegenrechnen kann, Brudermüller in Palandt (2014) § 1606 BGB Rz 11 und 12.

⁶⁷² BGH IVb ZR 75/86, FamRZ 1988, 159 (162); XII ZR 215/92, FamRZ 1994, 696 (699); ebenso Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 25. Sonderregeln gelten bei behinderten Kindern, bei denen idR sowohl der Bar- als auch der Betreuungsbedarf erhöht ist, vgl Born in Säcker/Rixecker (Hrsg), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 33.

BGB, da die Regelung „auf praktikabel pauschalierende Weise einem nach Art und Umfang unterschiedlichen Betreuungsbedarf des Kindes in den verschiedenen Lebensaltersstufen der Minderjährigkeit Rechnung“⁶⁷³ trage.

Eine Mithaftung oder alleinige Haftung des betreuenden Elternteils für den Barunterhaltsbedarf des Kindes kommt nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁶⁷⁴ allerdings ua dann in Betracht, „wenn der Kindesunterhalt von dem betreuenden Elternteil unter Wahrung dessen angemessenen Selbstbehalts gezahlt werden kann und ohne seine Beteiligung an der Barunterhaltungspflicht ein erhebliches finanzielles Ungleichgewicht zwischen den Eltern entstünde“,⁶⁷⁵ was der BGH dann annimmt, wenn das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen des betreuenden Elternteils etwa dreimal so hoch ist wie das des eigentlich barunterhaltspflichtigen Elternteils.⁶⁷⁶

[b]. Österreich

In Österreich haben gem § 231 Abs 1 ABGB beide Elternteile für den angemessenen Unterhalt eines gemeinsamen Kindes „nach ihren Kräften anteilig“ aufzukommen. Jeder Elternteil schuldet also „nur die seiner Leistungsfähigkeit entsprechende Unterhaltsquote“,⁶⁷⁷ wobei bei nicht zusammenlebenden Eltern nach § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich lebt und betreut wird, hierdurch seine Unterhaltungspflicht erfüllt, während der andere Elternteil den Geldunterhalt für das Kind zu leisten hat.⁶⁷⁸ Der haushaltsführende und kinderbetreuende Elternteil hat nach § 231 Abs 2 Satz 2 ABGB zum Geldunterhalt des Kindes nur beizutragen, soweit der andere Elternteil nicht in der Lage ist, den Bedarf des Kindes in voller Höhe zu decken.⁶⁷⁹

Betreuung iSv § 231 Abs 2 Satz 1 BGB ist die „übliche Versorgung [...], die ein Kind im Rahmen eines geordneten und funktionierenden Haushalts im Allgemeinen erfährt“⁶⁸⁰ und umfasst neben der körperlichen Fürsorge wie zB Essenzubereitung, Waschen und Pflege der Kleidung sowie Versorgung des Kindes bei Krankheit⁶⁸¹ auch die Bereitstel-

⁶⁷³ BGH IVb ZR 75/86, FamRZ 1988, 159 (162); vgl auch XII ZR 215/92, FamRZ 1994, 696 (699).

⁶⁷⁴ BGH IVb ZR 587/80 FamRZ 1981, 543 (544); XII ZR 112/05, FamRZ 2008, 137 (140); XII ZR 70/09, FamRZ 2011, 1041 (4. Leitsatz; krit Hoppenz); XII ZB 297/12, FamRZ 2013, 1558 (1561; zust Maurer).

⁶⁷⁵ BGH XII ZR 70/09, FamRZ 2011, 1041 (4. Leitsatz; krit Hoppenz).

⁶⁷⁶ BGH XII ZB 297/12, FamRZ 2013, 1558 (1563; zust Maurer); ebenso OLG Brandenburg 10 UF 344/11, FamRZ 2012, 1650; OLG Naumburg 8 UF 102/12, FamRZ 2013, 796; Botur in Büte/Poppen/Menne/Botur, Unterhaltsrecht § 1603 BGB Rz 99; Brudermüller in Palandt (2014) § 1606 BGB Rz 16 mwN auch auf die aA; Klinkhammer in Dose (Hrsg), Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis⁸ (2011) § 2 Rz 434.

⁶⁷⁷ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 107.

⁶⁷⁸ OGH 27.02.2017, 1 Ob 151/16m mit der ausdrücklichen Klarstellung, dass durch das KindNamRÄG 2013 insoweit gegenüber der früheren Rechtslage (§ 140 Abs 2 Satz 1 ABGB aF) keine Veränderung erfolgt ist; Beclin, EF-Z 2007/3,10 (13); Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 42; Stabenheimer/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 231 ABGB Rz 27.

⁶⁷⁹ OGH 18.09.1997, 8 Ob 279/97f; Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 45.

⁶⁸⁰ OGH 11.10.2012, 2 Ob 211/11k.

⁶⁸¹ Vgl JAB 587 BlgNR XIV. GP 4–5.

lung der Wohnung zum Mitgebrauch sowie die in Geld nicht bezifferbare Förderung des Kindes in seiner geistigen und seelischen Entwicklung.⁶⁸²

Mit der Begründung, dass die Organisation der Pflege und Erziehung des Kindes Angelegenheit des betreuenden Elternteils sei,⁶⁸³ nimmt der OGH einen vollwertigen Unterhaltsbeitrag iSv § 140 Abs 2 ABGB aF bzw dem aktuellen § 231 Abs 2 ABGB auch dann an, wenn sich das Kind nur zeitweise – zB weil es tagsüber von den Großeltern oder in einem Hort betreut wird oder während des Schuljahres ein Internat besucht und Heimreisen nur an den Wochenenden und in den Ferien erfolgen – im Haushalt des betreuenden Elternteils befindet, solange dieser dort selbst oder durch Dritte noch „relevante Betreuungsleistungen“⁶⁸⁴ erbringt.⁶⁸⁵

Anders als in Deutschland wird in Österreich von der Rechtsprechung – trotz Kritik in der Lehre⁶⁸⁶ – eine vollwertige Unterhaltsleistung iSv § 140 Abs 2 Satz 1 ABGB aF bzw dem aktuellen § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB auch im Hinblick auf Kinder angenommen, die zwar bereits erwachsen, aber noch nicht in der Lage sind, sich selbst zu erhalten, auch wenn diese zB bereits auswärts studieren und nur am Wochenende zur Erledigung der Wäsche nach Hause kommen und sie dort anstelle der altersbedingt nicht mehr erforderlichen Betreuung lediglich noch psychologische Unterstützung in Lebensfragen erhalten.⁶⁸⁷

bb. Missverhältnis zwischen Betreuungsunterhalt und Geldunterhalt vor allem in den betreuungsintensiven ersten Lebensjahren eines Kindes

[1]. Situation des geldunterhaltspflichtigen Elternteils

Nach der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, die in Deutschland – gestuft nach dem bereinigten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen und Kindesaltersgruppen – für die Ermittlung des Kindesunterhalts maßgeblich ist,⁶⁸⁸ schuldet ein barunterhaltspflichtiger Elternteil für ein bis zu 5 Jahre altes Kind bei Annahme eines um berufsbedingte Aufwendungen und sonstige vorweg abzugsfähige Kosten bereinigten Nettomonatseinkommens von 3.000 EUR nach vorzunehmendem Abzug des hälftigen Kindergelds gem Einkommensgruppe 5 und Altersstufe 1 der Düsseldorfer Tabelle einen monatlichen Kindesunterhalt von 315 EUR.⁶⁸⁹ Bei einem bereinigten Nettomonatseinkommen

⁶⁸² OGH 26.08.1992, 1 Ob 560/92; 11.10.2012, 2 Ob 211/11k; RIS-Justiz RS0047367; RIS-Justiz RS0047394; siehe auch Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 40; Martiny, Unterhaltsrang 344.

⁶⁸³ OGH 23.02.2011, 3 Ob 26/11m; RIS-Justiz RS0047367; siehe auch Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 49.

⁶⁸⁴ OGH 11.10.2012, 2 Ob 211/11k.

⁶⁸⁵ OGH 23.02.2011, 3 Ob 26/11m; 11.10.2012, 2 Ob 211/11k; 27.05.2014, 9 Ob 31/14w; RIS-Justiz RS0047443; RIS-Justiz RS0047434; siehe auch Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 49; Martiny, Unterhaltsrang 344-345.

⁶⁸⁶ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 51 mwN auch auf seine bereits in den Voraufgaben geäußerte Kritik an dieser Rechtsprechung des OGH.

⁶⁸⁷ OGH 14.02.1991, 8 Ob 1508/91; 23.02.2011, 3 Ob 26/11m; RIS-Justiz RS0047367; RIS-Justiz RS0048380.

⁶⁸⁸ Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁶⁸⁹ Vgl Seite 6 des Tabellenanhangs zu den Zahlbeträgen der Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, [olg-](http://olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf)

von bis zu 1.500 EUR beträgt der Mindestunterhalt für ein bis zu 5 Jahre altes Kind nach Einkommensgruppe 1 und Altersstufe 1 der aktuellen Düsseldorfer Tabelle unter Berücksichtigung des hälftigen Kindergeldes monatlich 246 EUR. Ausgehend von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden bzw monatlich 173 Stunden muss der barunterhaltspflichtige Elternteil im ersten Beispielsfall also den Lohn von maximal⁶⁹⁰ 18 Stunden und im zweiten Beispielsfall den Lohn von höchstens 28 Stunden Arbeitszeit pro Monat für den Kindesunterhalt aufwenden.

In Österreich hat ein geldunterhaltspflichtiger Elternteil nach der von der Rechtsprechung entwickelten Prozentsatzmethode⁶⁹¹ zB für ein bis zu 6 Jahre altes Kind ohne Vorliegen von konkurrierenden gesetzlichen Unterhaltspflichten, für die ein prozentualer Abzug vorzunehmen wäre, 16 % seiner Unterhaltsbemessungsgrundlage als monatlichen Kindesunterhalt zu entrichten. Hieraus ergibt sich etwa bei einem Nettomonatseinkommen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils von durchschnittlich 3.000 EUR ein monatlicher Kindesunterhalt von 480 EUR, wofür der zahlungspflichtige Elternteil bei Annahme einer Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich bzw 173 Stunden monatlich den Arbeitslohn von gerundet 28 Stunden⁶⁹² einsetzen muss. Bei einem angenommenen Monatsnettoeinkommen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils von 1.500 EUR steht einem Kind, das älter als 3 Jahre ist, grundsätzlich⁶⁹³ der Regelbedarfssatz⁶⁹⁴ zu, der aktuell für die Altersgruppe zwischen 3 und 6 Jahren pro Monat 257 EUR⁶⁹⁵ beträgt. Um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, müsste der geldunterhaltspflichtige Elternteil bei einer angenommenen Arbeitszeit von 173 Stunden pro Monat hierfür im ersten Beispielsfall rund 28 Stunden und im zweiten Beispielsfall knapp 30 Stunden arbeiten.

Für den geldunterhaltspflichtigen Elternteil ist es daher zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind idR ausreichend, eine Vollzeittätigkeit auszuüben und einen bestimmten Teil seines dabei erzielten Einkommens für das Kind zu entrich-

duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁶⁹⁰ Da maßgeblich das durchschnittliche Nettomonatseinkommen ist, das vorweg ua gem Ziffer 3 und 4 der Düsseldorfer Tabelle um berufsbedingte Aufwendungen wie insbesondere Fahrtkosten zur Arbeit sowie berücksichtigungsfähige Schulden zu bereinigen ist, liegt das tatsächliche Nettoeinkommen regelmäßig höher als es der Kindesunterhaltsermittlung zugrunde gelegt wird, sodass im Beispielsfall idR der Arbeitslohn von weniger als 18 Stunden für den Kindesunterhalt einzusetzen ist.

⁶⁹¹ Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 231 ABGB Rz 22; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 133.

⁶⁹² Wegen der in der Rechtsprechung vor allem bei höheren Einkommen des Unterhaltsschuldners feststellbaren Tendenz, den für Kinder zu entrichtenden Geldunterhalt, zB durch Einrechnung der Familienbeihilfe, zu reduzieren, vgl Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 231 ABGB Rz 1, ist dies unter den angenommenen Voraussetzungen die maximale Arbeitszeit, die der geldunterhaltspflichtige Elternteil aufzuwenden hat, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen.

⁶⁹³ Bei einem Nettoeinkommen von 1.500 EUR wären 16 % 240 EUR und damit weniger als der Regelbedarf von aktuell 257 EUR.

⁶⁹⁴ Gitschthaler, Unterhaltsrecht Rz 570–574.

⁶⁹⁵ http://www.jugendwohlfahrt.at/rs_regelbedarf.php (abgefragt 03.06.2017). Bei einer Berechnung nach der Prozentsatzmethode würde sich nur ein Kindesunterhalt von 240 EUR ergeben.

ten. Die Zeit außerhalb der Arbeitszeiten steht dem geldunterhaltspflichtigen Elternteil grundsätzlich – abgesehen von Umgang mit dem Kind, falls ein solcher stattfindet⁶⁹⁶ – zur freien Verfügung.

[2]. Situation des kinderbetreuenden Elternteils

Ein alleinerziehender Elternteil, dem gegen den anderen Elternteil kein Unterhaltsanspruch zusteht, muss demgegenüber in aller Regel selbst Vollzeit arbeiten, das Kind währenddessen, solange es noch nicht die Schule besucht, grundsätzlich auf eigene Kosten⁶⁹⁷ in Fremdbetreuung geben,⁶⁹⁸ und in der arbeitsfreien Zeit – anders als der geldunterhaltspflichtige Elternteil, der seine Freizeit nach eigenem Belieben gestalten kann – die Haushaltsarbeiten erledigen, das Kind mit Nahrung versorgen, es betreuen sowie geistig und seelisch unterstützen, die Erledigung der Hausaufgaben überwachen, Arzttermine wahrnehmen und Elternsprechstunden besuchen.

Zur Vermeidung einer Überlastung des alleinerziehenden Elternteils durch die Kombination aus Kinderbetreuung, Haushaltsführung und beruflicher Tätigkeit schlägt Schäuble⁶⁹⁹ für die Prüfung eines über das dritte Lebensjahr des zu betreuenden Kindes hinausgehenden Unterhaltsanspruchs iSv § 1570 Abs 1 Satz 2 und 3 BGB bzw § 1615l Abs 2 Satz 4 und 5 BGB vor, den für Haushalt sowie Betreuung und Erziehung des Kindes, Arztbesuche, Hausaufgabenbetreuung, Fahrtzeiten, Freizeitgestaltung etc für einen alleinerziehenden Elternteil täglich anfallenden Zeitaufwand in jedem Einzelfall konkret zu ermitteln und diesen von der wöchentlich zumutbaren Gesamtarbeitszeit in Abzug zu bringen. Auf diese Weise will Schäuble die konkrete Anzahl der Stunden pro Woche ermitteln, die den alleinerziehenden Elternteil aufgrund von Kinderbetreuung an einer Vollzeiterwerbstätigkeit hindert und daraus dessen gegen den anderen Elternteil bestehenden Betreuungsunterhaltsanspruch ermitteln.⁷⁰⁰ Da bei der von Schäuble sogenann-

⁶⁹⁶ Was nach unterschiedlichen länderübergreifenden Studien nach der Trennung der Eltern generell bei 40–60 % der nicht betreuenden Elternteile – meist der Väter – nicht mehr der Fall ist, vgl Tazi-Preve/Kappella/Kaindl/Klepp/Krenn/Seyyed-Hashemi/Titton, Väter im Abseits. Zum Kontaktabbruch der Vater-Kind-Beziehung nach Scheidung und Trennung¹ (2007) 121–122 mwN.

⁶⁹⁷ Etwas anderes gilt, wenn die Fremdbetreuung, zB wegen besonderer Fördermöglichkeiten in einem Internat oder wegen einer Behinderung in einem Heim, jedenfalls auch im Kindesinteresse erfolgt, mangels Außergewöhnlichkeit aber nicht für die Kosten des Kindergartenbesuchs, obwohl dieser ua zur pädagogischen Förderung des Kindes sinnvoll ist, vgl Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 231 ABGB Rz 40 mwN.

⁶⁹⁸ Diese steht der Anwendung von § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB nicht entgegen, wenn der Elternteil zumindest in den restlichen Zeiten, ggf auch nur am Wochenende, selbst Betreuungsaufgaben im eigenen Haushalt erbringt, Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar (Stand: 1.7.2015, rdb.at) § 231 ABGB Rz 39.

⁶⁹⁹ Schäuble, Erwerbsobliegenheit im Betreuungsunterhalt (2013) 170–187.

⁷⁰⁰ Vgl hierzu das Beispiel zur Berechnung des Betreuungsunterhaltsanspruchs anhand des Zeitbudgets in Schäuble, Erwerbsobliegenheit 187. Nicht zuzustimmen ist Schäuble mE hinsichtlich der Hinzurechnung von Stunden für regelmäßig jedes zweite Wochenende stattfindenden Umgang und Ferien, die das Kind häufig beim anderen Elternteil verbringt, als Zeit, die dem betreuenden Elternteil für eine Erwerbstätigkeit zur Verfügung steht. Denn auch dem alleinerziehenden Elternteil sollte zur Erholung kinder- und arbeitsfreie Zeit zur Verfügung stehen, was nicht der Fall ist, wenn er die Zeit, die das Kind beim anderen Elternteil verbringt, für eine berufliche Tätigkeit aufwenden muss.

ten „Zeitbudgetberechnung“⁷⁰¹ die im jeweiligen Einzelfall vom betreuenden Elternteil konkret für die Kinderbetreuung aufgewendete Zeit Berücksichtigung findet, wäre diese zwar mit der Rechtsprechung des BGH vereinbar, der lediglich Bedenken dagegen geäußert hat, „den Geldwert der Betreuung, die im Einzelfall sehr unterschiedlich sein kann, ähnlich wie im Schadensersatzrecht beim Ausfall von Leistungen der Hausfrau und Mutter durch den Ansatz der Aufwendungen, die für die Besorgung vergleichbarer Dienste durch Hilfskräfte erforderlich sind, oder durch ähnliche Schätzungen zu ermitteln“.⁷⁰² Gegen die Praxistauglichkeit dieser Methode spricht mE allerdings der mit der Erfassung und dem Nachweis der einzelnen Tätigkeiten und deren Dauer verbundene erhebliche Aufwand.

Zuzustimmen im Hinblick auf die Erzielung einer mit § 231 Abs 1 Satz 2 ABGB bzw § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB zu vereinbarenden und gleichzeitig eine Überforderung des kinderbetreuenden Elternteils vermeidenden Lösung ist mE der von Schäuble verwendete Ansatz, auf Seiten des betreuenden Elternteils den für Haushaltsführung und Kinderbetreuung anfallenden Zeitaufwand von der bei einer Vollzeittätigkeit zu leistenden Arbeitszeit in Abzug zu bringen. Eine Hilfestellung hierbei bieten die Ergebnisse der Zeitbudgeterhebungen von Statistik Austria⁷⁰³ und dem Statistischen Bundesamt.⁷⁰⁴ Nach der Zeitverwendungserhebung 2008/2009 von Statistik Austria wenden in Österreich Frauen – die ja überwiegend kinderbetreuend sind⁷⁰⁵ – durchschnittlich 30,5 Stunden wöchentlich (somit pro Tag rund 4,4 Stunden) für Haushaltsführung und Kinderbetreuung auf.⁷⁰⁶ Nach der Zeitverwendungsstudie 2012/2013 des Statistischen Bundesamts sind Alleinerziehende durchschnittlich 4 Stunden und 50 Minuten pro Tag mit Haushalt und Kinderbetreuung beschäftigt.⁷⁰⁷

Wenn von einem alleinerziehenden Elternteil also neben Kinderbetreuung und Haushaltstätigkeiten noch eine Vollzeittätigkeit erwartet wird, bedeutet dies für ihn an Tagen beruflicher Tätigkeit bei Annahme einer Arbeitszeit von 8 Stunden pro Tag eine tägliche Arbeitsbelastung von 12,5 bis 13 Stunden und an arbeitsfreien Tagen von knapp 5 Stunden. Die Beanspruchung des betreuenden Elternteils übersteigt daher dann, wenn man ihm neben der Kinderbetreuung eine Vollzeiterwerbstätigkeit abverlangt, die des geldunterhaltspflichtigen Elternteils ganz deutlich, was im Hinblick auf § 1606 Abs 3 Satz 2

⁷⁰¹ Schäuble, Erwerbsobliegenheit 181.

⁷⁰² BGH IVb ZR 75/86, FamRZ 1988, 159 (161).

⁷⁰³ So zB Statistik Austria, Zeitverwendung 2008/2009. Ein Überblick über geschlechtsspezifische Unterschiede. Endbericht der Bundesanstalt Statistik Österreich an die Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst (31.07.2009).

⁷⁰⁴ Vgl zB Statistisches Bundesamt (Destatis), Zeitverwendung (ZVE) 2012/2013, destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/EinkommenKonsumLebensbedingungen/Zeitverwendung/Tabellen/Aktivitaeten_Typ_ZVE.html (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁷⁰⁵ Siehe die Nachweise in FN 15 und 16 dieser Arbeit.

⁷⁰⁶ Statistik Austria, Zeitverwendung 36 (Übersicht 2).

⁷⁰⁷ Statistisches Bundesamt (Destatis), Zeitverwendung (ZVE) 2012/2013, destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/EinkommenKonsumLebensbedingungen/Zeitverwendung/Tabellen/Aktivitaeten_Typ_ZVE.html (abgefragt am 25. 6. 2017).

BGB bzw § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB bedenklich erscheint.⁷⁰⁸ Da die erwähnten Statistiken nur Durchschnittswerte enthalten, ist während der ersten Lebensjahre eines Kindes, in denen dieses quasi rund um die Uhr der intensivsten Betreuung bedarf, von einer noch stärkeren Belastung des alleinerziehenden Elternteils auszugehen.

Falls bzw soweit der betreuende Elternteil demgegenüber auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet, um sich ganz oder zumindest mehr als bei einer Vollzeittätigkeit der Erziehung des Kindes widmen zu können, entsteht ihm ein Verdienstausschlag, der Ausgangspunkt des von Beclin erwogenen anteiligen Ausgleichsanspruchs nach § 1042 ABGB⁷⁰⁹ ist, soweit der betreuende Elternteil damit mehr leistet als der geldunterhaltspflichtige Elternteil.

cc. Ausgleich durch pauschalen Unterhaltsbetrag

Die durch die Regelungen in § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB bzw § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB eigentlich bezweckte Anerkennung der Betreuungsleistung als gleichwertigen Unterhaltsbeitrag⁷¹⁰ stellt also für alleinerziehende Elternteile ohne eigenen Unterhaltsanspruch vor allem in den betreuungsintensiven ersten Lebensjahren des zu betreuenden Kindes eine – der ursprünglichen Intention der Vorschriften zuwiderlaufende – massive Mehrbelastung dar, die mit zunehmendem Kindesalter nur schrittweise abnimmt.

Die im Abschnitt VI.2.b.aa.[2][a] dieser Arbeit dieses Kapitels zitierte Argumentation des BGH, die Regelung in § 1606 Abs 3 Satz 2 BGB trage „auf praktikabel pauschalisieren- de Weise einem nach Art und Umfang unterschiedlichen Betreuungsbedarf des Kindes in den verschiedenen Lebensaltersstufen der Minderjährigkeit Rechnung“,⁷¹¹ bedeutet im Prinzip, dass der betreuende Elternteil in den weniger Betreuung erfordernden Jahren vor der Volljährigkeit des Kindes durch die weiterhin erfolgende Anerkennung seiner Betreuungsleistung als vollwertiger Unterhaltsbeitrag einen Ausgleich für die Mehrbelastung in den frühen Lebensjahren des Kindes erhält.⁷¹² Diese Sichtweise überzeugt mE deshalb nicht, da es durchaus denkbar ist und auch tatsächlich vorkommt,⁷¹³ dass ein Kind von einem Elternteil zum anderen wechselt und daher in seinen Jugendjahren gar nicht mehr im Haushalt des Elternteils lebt, der die betreuungsintensiven ersten Lebensjahre des Kindes „abgeleistet“ hat. Zudem ist versäumte Zeit, die der betreuende El-

⁷⁰⁸ Siehe hierzu auch Hütter, Zweierlei Maß? – Zur Erwerbsobliegenheit der kinderbetreuenden Mutter, FamRZ 2011, 1772 (1773), die für das deutsche Recht ähnliche Überlegungen anstellt.

⁷⁰⁹ Siehe Abschnitt III.1.b. dieser Arbeit.

⁷¹⁰ Siehe die Ausführungen und Nachweise im Abschnitt VI.2.b.aa.[1] dieser Arbeit.

⁷¹¹ BGH IVb ZR 75/86, FamRZ 1988, 159 (162); vgl auch XII ZR 215/92, FamRZ 1994, 696 (699).

⁷¹² Schon diese Sichtweise ist fraglich. So verweist etwa Born in Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo Bd. 8 (2012) § 1606 BGB Rz 25 darauf, dass der betreuende Elternteil dem Einwand sinkender Betreuungsbedürftigkeit älterer Kinder ohne Weiteres den „alten Erfahrungssatz ‚kleine Kinder – kleine Sorgen, große Kinder – große Sorgen‘ [...] entgegenhalten“ könne.

⁷¹³ Dies ist daraus zu entnehmen, dass im Jahr 2014 in deutschen Alleinerziehendenhaushalten 33 % der Väter und nur 19 % der Mütter Kinder zwischen 15 und 17 Jahren betreut haben, während bei 32 % der Mütter und nur 12 % der Väter Kinder im Alter von bis zu 6 Jahren gelebt haben, vgl Statistisches Bundesamt (Destatis)/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Auszug Datenreport 2016, 47 und 48 (Abbildung 7).

ternteil und sein Kind nicht gemeinsam verbringen konnten, in späteren Jahren nicht nachholbar.

Der im Abschnitt VI.4. dieser Arbeit unterbreitete Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Neuregelung des Betreuungsunterhalts sieht daher – in der Dauer angelehnt an § 68a Abs 1 EheG – bis zum vollendeten fünften Lebensjahr eines Kindes⁷¹⁴ einen vollen Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils in Höhe von pauschal 30 % des Einkommens des anderen Elternteils und eine grundsätzliche Fortdauer des Unterhaltsanspruchs aus Billigkeitsgründen mit stufenweiser Abschmelzung des Prozentsatzes parallel zur sinkenden Betreuungsbedürftigkeit des Kindes idR bis zu dessen vollendetem 15. Lebensjahr vor. Durch die Wahl eines festen Prozentsatzes vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen – das ggf wie bisher unter Anwendung des Anspannungsprinzips bzw der Grundsätze zur Erwerbsobliegenheit fiktiv zu erhöhen ist⁷¹⁵ – wäre gewährleistet, dass dieser – anders als bei einer etwaigen Erhöhung des Anspruchs durch Ausgehen von einem ggf höheren gemeinsamen Lebensstandard – auch tatsächlich in der Lage ist, den Unterhalt zu bezahlen. Außerdem wäre die Bemessung des Unterhalts einfach und damit in der Praxis gut umsetzbar.

c. Verbesserung der wirtschaftlichen Situation Alleinerziehender

Mit dem unterbreiteten Vorschlag für eine gesetzliche Neuregelung des Betreuungsunterhalts soll zudem eine – auch langfristig wirksame – Verbesserung der wirtschaftlichen Situation Alleinerziehender erreicht werden.

aa. Erhöhtes Armutsrisiko Alleinerziehender

Dass weder das komplette Absprechen eines Unterhaltsanspruchs, wie es de lege lata in Österreich im Hinblick auf die Betreuung keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder der Fall ist, noch der zumindest temporäre Zuspruch eines solchen, wie er sich in Österreich aus § 68a Abs 1 EheG (idR für die ersten fünf Lebensjahre eines Kindes) und in Deutschland aus § 1570 Abs 1 BGB sowie § 1615l Abs 2 Satz 2–5 BGB (jeweils idR jedenfalls für die ersten drei Lebensjahre eines Kindes) ergibt, ausreichend ist, zeigt die Tatsache, dass Alleinerziehendenfamilien in Österreich und Deutschland gleichermaßen einem deutlich erhöhten Armutsrisiko gegenüber Paarhaushalten mit Kind(ern) ausgesetzt sind.⁷¹⁶

Neben dem Fehlen ausreichend flexibler Ganztagsbetreuungsmöglichkeiten und dem generell relativ niedrigen Einkommensniveau in den sogenannten „frauentypischen

⁷¹⁴ Was in Österreich mit dem Beginn der Kindergartenpflicht einhergeht, vgl Neuhauser in Schwimann (Hrsg), ABGB-TK (2015) § 231 ABGB Rz 34.

⁷¹⁵ Siehe hierzu ausführlich für Österreich Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 69–84; für Deutschland Schürmann in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 1 Rz 1521–1538 (Ehegattenunterhalt); Schmidt/Kohne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 484–489 (Unterhalt minderjähriger Kinder).

⁷¹⁶ Vgl hierzu die Zahlen und Nachweise in FN 21 dieser Arbeit.

Berufen⁷¹⁷ stellen zu geringe oder nicht durchsetzbare Unterhaltsansprüche einen wesentlichen Faktor für das gesteigerte Armutsrisiko von alleinerziehenden Müttern und ihren Kindern dar.⁷¹⁸

Dadurch, dass Mütter in Österreich und Deutschland aufgrund der in den Abschnitten VI.2.a.bb.[2]. und VI.2.a.bb.[3] dieser Arbeit dargestellten Schwierigkeiten bei der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit generell überwiegend nur einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen – sowie auch aufgrund des sogenannten „Gender Pay Gap“⁷¹⁹, der die Tatsache bezeichnet, dass das Lohnniveau von Frauen in Österreich ebenso wie in Deutschland trotz Gleichstellungsbemühungen in zahlreichen Branchen noch immer hinter dem von Männern zurückbleibt⁷²⁰ – leisten Frauen idR geringere Einzahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung, wodurch sich auch langfristig Nachteile in Form von niedrigen Renten bis hin zur Altersarmut ergeben.⁷²¹

Auch im Hinblick auf die betroffenen Kinder löst ein Leben in Armut vielfältige negative Folgen aus, beginnend bei unzureichender Versorgung mit geeigneten Nahrungsmitteln und daraus resultierenden gesundheitlichen Problemen, Ausgrenzung durch Wohnen in benachteiligten Gegenden bis hin zu mangelnden Bildungschancen, die langfristig den Lebenslauf negativ beeinflussen können.⁷²²

bb. Systemwechsel zu Bruttozahlungen im Bereich des Betreuungsunterhalts

Eine deutliche Verbesserung der wirtschaftlichen Situation Alleinerziehender könnte mE – auch langfristig gesehen – erreicht werden, wenn zumindest im Bereich des Betreuungsunterhalts ein Systemwechsel dahingehend erfolgen würde, dass der Unterhalt künftig nicht mehr, wie es bisher in Österreich und Deutschland der Fall ist, aus dem – um Steuern und Sozialabgaben bereinigten – tatsächlichen⁷²³ Nettoeinkommen⁷²⁴ des

⁷¹⁷ Meier, *Infantilisierung von Armut und kein Ende in Sicht? Was Armut von Kindern für ihren Sozialisationsverlauf bedeutet*, *Frühförderung interdisziplinär* 2004, 157 (161).

⁷¹⁸ Meier, *Frühförderung interdisziplinär* 2004, 157 (161).

⁷¹⁹ Crößmann/Mischke, *Arbeitsmarkt* 42.

⁷²⁰ Österreich liegt hier im EU-Vergleich mit einem Lohnunterschied zwischen Männern und Frauen von 22,9 % an vorletzter und Deutschland mit einer Lohndifferenz von 21,6 % an viertletzter Stelle, vgl Gender Pay Gap: Österreich in Europa weiterhin Vorletzter, derstandard.at/200.003.1826284/Lohnschere-Oesterreich-in-Europa-weiterhin-Vorletzter (abgefragt am 6. 6. 2017); siehe für Deutschland auch Crößmann/Mischke, *Arbeitsmarkt* 42.

⁷²¹ Fast jede zweite Frau in Österreich arbeitet mittlerweile Teilzeit, derstandard.at/200.003.9000778/Fast-jede-zweite-Frau-arbeitet-mittlerweile-Teilzeit (abgefragt am 25. 6. 2017).

⁷²² Meier, *Frühförderung interdisziplinär* 2004, 157 (162).

⁷²³ Bei Verletzung des Anspannungsgrundsatzes bzw der Erwerbsobliegenheit wird in Österreich und Deutschland gleichermaßen ggf noch potentiell erzielbares Einkommen hinzugerechnet, siehe hierzu ausführlich für Österreich Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht* 69–84; für Deutschland Schürmann in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), *Unterhaltsprozess* (2013) Kapitel 1 Rz 1521–1538 (Ehegattenunterhalt); Schmidt/Kohne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), *Unterhaltsprozess* (2013) Kapitel 2 Rz 484–489 (Unterhalt minderjähriger Kinder).

⁷²⁴ Siehe hierzu und zur Bereinigung des Nettoeinkommens um etwaige Abzugsposten wie zB berufsbedingte Aufwendungen ausführlich für Österreich zB Schwimann/Kolmasch, *Unterhaltsrecht* 5–84; für Deutschland zB Schürmann in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne (Hrsg), *Unterhaltsprozess* (2013) Kapitel 1 Rz 1511–1574 (Ehegattenunterhalt); Schmidt/Kohne in Eschenbruch/Klinkhammer/Menne

unterhaltspflichtigen Elternteils als Nettobetrag, sondern als Bruttobetrag bezahlt werden würde. Bei angestellten Arbeitnehmern könnte dies einfach in der Form erfolgen, dass der Lohnanteil, der als Betreuungsunterhalt zu leisten ist, vom Arbeitgeber direkt zugunsten des unterhaltsberechtigten Elternteils abgerechnet und ausbezahlt wird, was für den Unterhaltsempfänger zugleich den positiven Nebeneffekt hätte, dass die Zahlung idR pünktlich eingehen dürfte.

Sowohl einkommensgebundene Steuern als auch Sozialversicherungsbeiträge hinsichtlich des als Betreuungsunterhalt geleisteten Betrags wären dann vom unterhaltsberechtigten Elternteil zu entrichten. Dies hätte hinsichtlich der Steuern den Vorteil, dass diese dann saldiert idR niedriger ausfallen dürften, da der idR nur teilzeitbeschäftigte betreuende Elternteil regelmäßig ein niedrigeres Einkommen und damit einen niedrigeren Steuersatz haben wird als der vermutlich vollzeitbeschäftigte geldunterhaltspflichtige Elternteil.

Im Hinblick auf die Sozialversicherungsbeiträge läge ein langfristiger Vorteil darin, dass für den unterhaltsberechtigten Elternteil – idR die Mutter – aus dem Unterhalt Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung bezahlt würden, wodurch sich in weiterer Folge die Situation kinderbetreuender Elternteile auch im Rentenalter verbessern würde.

Diese Lösung wäre unbürokratisch umsetzbar, in Österreich deshalb, da hier mit Ausnahme der Beamten ohnehin so gut wie alle Erwerbstätigen Mitglieder der gesetzlichen Rentenversicherung sind und in Deutschland deshalb, da dort von Seiten des Staates ohnehin in den ersten drei Lebensjahren eines Kindes gem § 56 SGB VI zugunsten des das Kind überwiegend betreuenden Elternteils, idR der Mutter, Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet werden,⁷²⁵ sodass die Rentenversicherungsbeiträge auf das vorhandene Konto gebucht werden könnten.

Die Unterhaltszahlung würde auf diese Weise gleichzeitig eine Anerkennung des durch die Erziehung und Betreuung eines Kindes erbrachten wertvollen Beitrags zum Fortbestand der Gesellschaft darstellen.

Eine solche Umstellung hätte natürlich den – aus Sicht der unterhaltsberechtigten Kinder – nachteiligen Effekt, dass systembedingt der Betreuungsunterhaltsanspruch dem Kindesunterhalt vorgehen würde, der wie bisher als Nettobetrag aus dem versteuerten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen bezahlt werden würde, was auch insofern angebracht ist, als der Kindesunterhalt – anders als der Betreuungsunterhalt, dem eine geldwerte Leistung zugrunde liegt, die auch bei Delegation auf Dritte idR sozialversicherungs- und steuerpflichtig ist – rein zur Bestreitung des Lebensunterhalts geleistet wird.

Falls der geldunterhaltspflichtige Elternteil nach dem vorgesehenen Vorwegabzug des Betreuungsunterhalts von seinem Bruttoeinkommen unter Berücksichtigung der vorweg abzuziehenden sonstigen Verbindlichkeiten und unter Wahrung seines Selbstbehalts nicht zur Zahlung des vollen bzw angemessenen Kindesunterhalts in der Lage

(Hrsg), Unterhaltsprozess (2013) Kapitel 2 Rz 380–400 (Unterhalt minderjähriger Kinder).

⁷²⁵ Bemessungsgrundlage der Beiträge ist das durchschnittliche Einkommen, vgl OLG München 16 UF 1643/05, FamRZ 2006, 812.

sein sollte, bestünde die Möglichkeit, den Unterhaltspflichtigen über die Anwendung des in Österreich geltenden Anspannungsgrundsatzes (§ 231 Abs 1 ABGB)⁷²⁶ bzw der in Deutschland gegenüber minderjährigen und privilegierten volljährigen Kindern iSv § 1603 Abs 2 Satz 2 BGB bestehenden verschärften Erwerbsobliegenheit (§ 1603 Abs 2 Satz 1 BGB)⁷²⁷ ggf zur Aufnahme einer Nebentätigkeit zu veranlassen, um seinen Unterhaltspflichten nachkommen zu können.

Hieraus würde sich zwar eine Mehrbelastung des das Kind nicht betreuenden Elternteils ergeben, die allerdings aus den genannten Gründen – Sicherstellung des Kindeswohls, gleichmäßige Verteilung der Lasten der Kinderbetreuung auf beide Elternteile und Verbesserung der wirtschaftlichen Situation von Alleinerziehendenhaushalten – mE sachgerecht und daher hinzunehmen wäre.

3. Zusammenfassung der wesentlichen Regelungsinhalte

Zur Vermeidung einer (erneuten) Ungleichbehandlung von Kindern, die einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammen, und Kindern, die aus keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern hervorgegangen sind, ist eine einheitliche und geschlechtsneutral formulierte Regelung für alle Unterhaltsansprüche wegen aktueller Kinderbetreuung anzustreben.

Dem Umstand, dass die Betreuung und Erziehung von Kindern einen hohen gesellschaftlichen Nutzen hat, soll dadurch Rechnung getragen werden, dass künftig Betreuungsunterhalt als Bruttobetrag aus dem unversteuerten Einkommen des Unterhaltspflichtigen entrichtet wird; einkommensbezogene Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auf den Betreuungsunterhalt wären nach der vorgeschlagenen Neuregelung vom unterhaltsberechtigten Elternteil zu entrichten.

Eine Anrechnung eigenen Einkommens des betreuenden Elternteils auf den Betreuungsunterhalt soll unterbleiben. Entsprechendes soll für den unterhaltspflichtigen Elternteil gelten, was in der Neuregelung dadurch zum Ausdruck kommt, dass Berechnungsgrundlage des Betreuungsunterhalts nur das von ihm mit einer Vollzeittätigkeit erzielte oder bei zumutbarer Anspannung seiner Kräfte erzielbare Bruttoeinkommen sein soll. Etwaiges zusätzliches Einkommen aus einer Nebentätigkeit hätte der Unterhaltspflichtige also nur für Zwecke des Kindesunterhalts, nicht dagegen für den Betreuungsunterhalt einzusetzen. Auf diese Weise bestünde sowohl für den betreuenden als auch für den geldunterhaltspflichtigen Elternteil ein Anreiz zur Aufnahme oder Ausweitung einer Haupt- oder Nebenerwerbstätigkeit.

Der Betreuungsunterhalt soll dem betreuenden Elternteil idR jedenfalls bis zum vollendeten fünften Lebensjahr des gemeinsamen Kindes als Pauschalbetrag in Höhe von 30 % des Bruttoeinkommens des Unterhaltspflichtigen zustehen und danach idR bis zum vollendeten 15. Lebensjahr des gemeinsamen Kindes mit stufenweiser Abschmel-

⁷²⁶ Siehe hierzu Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht 69–84.

⁷²⁷ Siehe hierzu Brudermüller in Palandt (2014) § 1603 BGB Rz 22–28.

zung des Prozentsatzes parallel zur sinkenden Betreuungsbedürftigkeit des Kindes fort-dauern.

Orientiert an der im Januar 2017 publizierte Initiative des Deutschen Anwaltvereins⁷²⁸ ist in dem hier unterbreiteten Vorschlag zur Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts vorgesehen, dass ein Verzicht auf ihn – da er seinen Rechtsgrund in der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes hat – für die Zukunft nicht zulässig sein soll und dass die Unterhaltspflicht mit dem Tod des unterhaltspflichtigen Elternteils als Nachlassverbindlichkeit auf den Erben übergehen soll.

Außerdem ist in dem hier unterbreiteten Vorschlag noch vorgesehen, dass das Bestehen einer ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder eingetragenen Partnerschaft des betreuenden Elternteils keinen Einfluss auf den Grund und die Höhe des sich aus Abs 1 und Abs 2 ergebenden Betreuungsunterhaltsanspruchs hat. Dies ist insoweit konsequent, als die Neuregelung einen Betreuungsunterhalt für alle kinderbetreuenden Elternteile, somit auch gegen den eigenen Ehepartner oder Lebensgefährten, vorsieht. Damit folgt der Vorschlag der Kritik in der österreichischen Lehre⁷²⁹ an der Rechtsprechung des OGH,⁷³⁰ der trotz Nichtbestehens eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zwischen Lebensgefährten ein Ruhen des nachehelichen Unterhalts für die Dauer des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft annimmt, und auch der gegen die Rechtsprechung des BGH⁷³¹ vorgebrachten Kritik,⁷³² der trotz fehlender Verweisung auf die Vorschriften des Ehegattenunterhaltsrechts ein Erlöschen eines nach § 1615I BGB bestehenden Unterhaltsanspruchs analog § 1586 Abs 1 BGB bei Heirat des betreuenden Elternteils annimmt. Da bei einem Erlöschen des Betreuungsunterhaltsanspruchs gem § 1586 BGB (Deutschland) bzw § 75 EheG (Österreich) bei (Wieder-) Heirat bzw Begründung einer eingetragenen Partnerschaft Paare von der rechtlichen Legitimierung ihrer Beziehung abgehalten werden könnten, soll der Betreuungsunterhaltsanspruch auch in diesen Fällen fortbestehen, was auch aufgrund der mit der Zeugung eines Kindes gemeinsam übernommenen Elternverantwortung – die einen neuen Partner des betreuenden Elternteils gerade nicht trifft – legitim erscheint.

4. Formulierungsvorschlag

a. Österreich

Für Österreich könnte die Neuregelung des Betreuungsunterhalts in § 235 ABGB erfolgen, dessen Anwendungsbereich seit der durch das KindNamRÄG 2013 zum 01.02.2013

⁷²⁸ Vgl insoweit Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (abgefragt am 7. 5. 2017) 43 (48).

⁷²⁹ Beclin, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, in Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht¹ (2015) 115 (173) mwN.

⁷³⁰ OGH 22.03.2000, 3 Ob 204/99t; 21.05.2014, 3 Ob 31/14a.

⁷³¹ BGH XII ZR 183/02, FamRZ 2005, 347 (348); für die seit 01.01.2008 geltende neue Rechtslage bestätigt durch XII ZR 148/14, FamRZ 2016, 892 (893; Born).

⁷³² Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ (2010) § 59 Rz 27–29 mwN.

erfolgten Verschiebung an das Ende des fünften Hauptstücks im Anschluss an die Regelungen des Kindesunterhalts ohnehin bereits auf alle Mütter erweitert ist.⁷³³

Da der Unterhalt wegen Kindesbetreuung geschlechtsneutral in § 235 Abs 2 ABGB geregelt würde, wäre § 235 Abs 1 ABGB – um eine doppelte Regelung von Unterhaltsansprüchen für die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes zu vermeiden – auf den Ersatz der Kosten der Entbindung und etwaiger dadurch bedingter weiterer Auslagen zu beschränken; gleichzeitig würde die bisher in § 235 Abs 2 ABGB enthaltene Verjährungsregelung in Abs 1 *leg cit* als Satz 2 angefügt.⁷³⁴

Wegen der in Österreich nunmehr gegebenen Möglichkeit der rechtlichen Elternschaft von Frauen-Paaren wäre § 235 ABGB auch in Abs 1 nF geschlechtsneutral dahingehend zu formulieren, dass anstelle des Vaters der andere Elternteil verpflichtet ist, die darin erwähnten Kosten und Auslagen zu ersetzen. Außerdem wäre § 68a Abs 1 EheG ebenfalls zur Vermeidung einer doppelten Regelung identischer Lebenssachverhalte aufzuheben und der Verweis auf Abs 1 in § 68a Abs 3 Satz 1 EheG zu entfernen, da die Regelung in § 235 Abs 2 bis Abs 6 ABGB nF aufgrund der geschlechtsneutralen Formulierung nunmehr auf alle betreuenden Elternteile anwendbar wäre.

Es ergibt sich hiernach für Österreich der folgende Vorschlag für eine Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts:

§ 235 ABGB nF Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes

(1) Der andere Elternteil ist verpflichtet, der Mutter die Kosten der Entbindung und, falls infolge der Entbindung weitere Auslagen notwendig werden, auch diese zu ersetzen. Die Forderung ist mit Ablauf von drei Jahren nach der Entbindung verjährt.

(2) Ein Elternteil kann von dem anderen Elternteil Unterhalt verlangen, solange und soweit ihm auf Grund der Pflege oder Erziehung eines gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung dessen Wohles aus Billigkeitsgründen nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten. In den ersten fünf Lebensjahren nach der Geburt des gemeinsamen Kindes besteht keine Obliegenheit des betreuenden Elternteils, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine volle Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils besteht in der Regel ab dem vollendeten 15. Lebensjahr des gemeinsamen Kindes.

(3) Der Betreuungsunterhalt ist aus dem aus einer Vollzeittätigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils erzielten oder bei zumutbarer Anspannung seiner Kräfte erzielbaren Bruttoeinkommen als steuer- und sozialversicherungspflichtiger Nettobetrag an den betreuenden Elternteil zu bezahlen; bei angestellten Unterhaltspflichtigen ist der Betreuungsunterhalt direkt vom Arbeitgeber zugunsten des Steuer- und Sozialversicherungskontos des betreuenden Elternteils abzurechnen und der sich ergebende Nettobetrag

⁷³³ Siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt III.1.a.bb.[1]. dieser Arbeit.

⁷³⁴ Vgl insoweit bereits den Vorschlag für eine gesetzliche Neuregelung des Betreuungsunterhalts von Fischer-Czermak/Beclin, GA für den 18. ÖJT 171 noch zu § 168 ABGB aF.

an diesen auszusahlen. Der dem betreuenden Elternteil in der Regel während der ersten fünf Lebensjahre eines gemeinsamen Kindes zustehende volle Unterhalt beträgt 30 % des Bruttoeinkommens des anderen Elternteils. Der Prozentsatz, auf den sich der Betreuungsunterhalt beläuft, reduziert sich mit sinkendem Betreuungsbedarf des gemeinsamen Kindes. Eigene Einkünfte des betreuenden Elternteils werden auf den Betreuungsunterhalt nicht angerechnet.

(4) Die Unterhaltspflicht nach Abs 1 geht mit dem Tod des unterhaltspflichtigen Elternteils als Nachlassverbindlichkeit auf den Erben über.

(5) Auf den Betreuungsunterhalt kann für die Zukunft nicht verzichtet werden.

(6) Das Bestehen einer ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder eingetragenen Partnerschaft des betreuenden Elternteils hat keinen Einfluss auf den Grund und die Höhe des sich aus Abs 1 und Abs 2 ergebenden Betreuungsunterhaltsanspruchs.

b. Deutschland

Für Deutschland ergibt sich der nachstehende Vorschlag, der dadurch umgesetzt werden könnte, dass die Regelung zum Unterhaltsanspruch nicht miteinander verheirateter Eltern in § 1615I Abs 2 Satz 2–5 und Abs 4 BGB⁷³⁵ sowie die Regelung zum Betreuungsunterhalt geschiedener Eltern in § 1570 BGB aufgehoben und durch einen einheitlichen Betreuungsunterhaltsanspruch ersetzt werden, der zB – wie von Löhnig/Preisner⁷³⁶ vorgeschlagen – am Ende von Titel 5 in den Vorschriften zur elterlichen Sorge in § 1699 BGB nF verortet werden könnte.

Die restlichen Regelungen des § 1615I BGB zum Unterhaltsanspruch nicht miteinander verheirateter Elternteile könnten bestehen bleiben. Zur Vermeidung einer doppelten und in der Höhe widersprüchlichen Regelung von Unterhaltsansprüchen für die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes wäre § 1615I Abs 1 Satz 1 BGB dahingehend zu berichtigen, dass der Vater der Mutter nach dieser Vorschrift nur noch für die Dauer von sechs Wochen vor der Geburt des Kindes Unterhalt zu gewähren hat. Unterhaltsansprüche des betreuenden Elternteils ab der Geburt des Kindes wären dann von § 1699 BGB nF umfasst.

Eine ergänzende Regelung, die eine Erhöhung oder längere Dauer des Unterhaltsanspruchs für geschiedene Ehegatten vorsehen würde, ist nach hier vertretener Ansicht anders als nach dem Vorschlag von Löhnig/Preisner nicht vorzusehen, da zum einen bereits durch den prozentualen Anteil vom Bruttoeinkommen des zahlungspflichtigen Elternteils eine angemessene Teilhabe des betreuenden Elternteils an dessen Lebensstellung gewahrt wäre und zum anderen eine Besserstellung von kinderbetreuenden ge-

⁷³⁵ Nach § 1615I Abs 4 BGB steht dem das Kind betreuenden Vater der Anspruch nach Abs 2 Satz 2 leg cit auch gegen die Mutter zu.

⁷³⁶ Löhnig/Preisner, FamRZ 2010, 2029 (2035).

schiedenen Elternteilen – ebenso wie eine solche von ehemals verpartnerten kinderbetreuenden Elternteilen – mE eine wegen Verstoßes gegen Art 6 Abs 5 GG unzulässige mittelbare Benachteiligung von keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kindern bedeuten würde. Die Ehe genießt zwar ebenso wie die Familie verfassungsrechtlichen Schutz durch Art 6 I GG. Da Kinder keinen Einfluss darauf haben, in welche Familiensituation sie geboren werden,⁷³⁷ sollten mE aber alle Familien im Hinblick auf den Unterhaltsanspruch wegen Kinderbetreuung gleichbehandelt werden.

Es ergibt sich hiernach für Deutschland der folgende Vorschlag für eine Neuregelung des gesetzlichen Betreuungsunterhalts:

§ 1699 BGB nF Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes

(1) Ein Elternteil kann von dem anderen Elternteil Unterhalt verlangen, solange und soweit ihm auf Grund der Pflege oder Erziehung eines gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung dessen Wohles aus Billigkeitsgründen nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten. In den ersten fünf Lebensjahren nach der Geburt des gemeinsamen Kindes besteht keine Obliegenheit des betreuenden Elternteils, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine volle Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils besteht in der Regel ab dem vollendeten 15. Lebensjahr des gemeinsamen Kindes.

(2) Der Betreuungsunterhalt ist aus dem aus einer Vollzeittätigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils erzielten oder bei zumutbarer Anspannung seiner Kräfte erzielbaren Bruttoeinkommen als steuer- und sozialversicherungspflichtiger Bruttobetrag an den betreuenden Elternteil zu bezahlen; bei angestellten Unterhaltspflichtigen ist der Betreuungsunterhalt direkt vom Arbeitgeber zugunsten des Steuer- und Sozialversicherungskontos des betreuenden Elternteils abzurechnen und der sich ergebende Nettobetrag an diesen auszuzahlen. Der dem betreuenden Elternteil in der Regel während der ersten fünf Lebensjahre eines gemeinsamen Kindes zustehende volle Unterhalt beträgt 30 % des Bruttoeinkommens des anderen Elternteils. Der Prozentsatz, auf den sich der Betreuungsunterhalt beläuft, reduziert sich mit sinkendem Betreuungsbedarf des gemeinsamen Kindes. Eigene Einkünfte des betreuenden Elternteils werden auf den Betreuungsunterhalt nicht angerechnet.

(3) Die Unterhaltspflicht nach Abs 1 geht mit dem Tod des unterhaltspflichtigen Elternteils als Nachlassverbindlichkeit auf den Erben über.

(4) Auf den Betreuungsunterhalt kann für die Zukunft nicht verzichtet werden.

(5) Das Bestehen einer ehelichen oder nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder eingetragenen Partnerschaft des betreuenden Elternteils hat keinen

⁷³⁷ Vgl Nowack/Ganner, iFamZ 2010, 68 (71).

Einfluss auf den Grund und die Höhe des sich aus Abs 1 und Abs 2 ergebenden Betreuungsunterhaltsanspruchs.

§ 1609 BGB nF Rangfolge

Gleichzeitig müsste die Rangfolgenregelung in § 1609 BGB nF dahingehend geändert werden, dass die Ansprüche kinderbetreuender Elternteile aus Z 2 entfernt werden und zB als Satz 2 leg cit nF angefügt wird: Für die Ansprüche von Elternteilen, die wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigt sind, gilt § 1699 BGB nF.

VII. FAZIT

Der Unterhalt wegen Betreuung von Kindern, die keiner rechtlich legitimierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammen, ist *de lege lata* sowohl in Österreich als auch in Deutschland unzureichend geregelt.

In Österreich ergibt sich die Verfassungswidrigkeit der derzeitigen Rechtslage aus dem kompletten Fehlen eines Unterhaltsanspruchs zugunsten von Vätern keiner rechtlich legitimierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder und aus der Beschränkung des Unterhaltsanspruchs von Müttern, die ein Kind betreuen, das weder aus einer Ehe noch aus einer eingetragenen Partnerschaft mit dem anderen Elternteil hervorgegangen ist, auf die ersten acht Wochen nach der Geburt des Kindes gem § 235 Abs 1 ABGB. Da geschiedenen Elternteilen und ehemals verpartnerten Elternteilen, die ein gemeinsames Kind betreuen, gem § 68a Abs 1 EheG⁷³⁸ idR jedenfalls für dessen erste fünf Lebensjahre ein verschuldensunabhängiger Unterhaltsanspruch zusteht, ist sowohl hinsichtlich der keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft ihrer Eltern entstammenden Kinder als auch im Hinblick auf die sie betreuenden Mütter und Väter der Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG und Art 2 StGG verletzt. Außerdem liegt eine Diskriminierung im Hinblick auf das von Art 14 iVm Art 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens vor.

In Deutschland ist die derzeitige Rechtslage auch nach der zuletzt durch das UÄndG mit Wirkung zum 01.01.2008 erfolgten Reform verfassungswidrig, da die Betreuungsunterhaltsansprüche von Elternteilen, deren Kind keiner rechtlich formalisierten Partnerschaft seiner Eltern entstammt, und von geschiedenen bzw ehemals verpartnerten Elternteilen weiterhin in einigen Punkten unterschiedlich geregelt sind, was zum Teil eine mit Art 6 Abs 5 GG unvereinbare mittelbare Schlechterstellung von Kindern, die aus keiner rechtlich formalisierten Beziehung ihrer Eltern hervorgegangen sind, und zum Teil eine ebenfalls gegen Art 6 Abs 5 GG verstoßende mittelbare Benachteiligung ehelicher bzw einer eingetragenen Partnerschaft ihrer Eltern entstammender Kinder in ihrer elterlichen Betreuung bewirkt.

Zur Schaffung eines verfassungskonformen Zustands ist sowohl für Österreich als auch für Deutschland eine für alle Elternteile einheitliche und geschlechtsneutral formulierte Regelung des Betreuungsunterhaltsanspruchs angezeigt, wofür in der vorliegenden Arbeit ein Vorschlag unterbreitet wird.

Insbesondere wird als wesentliche Neuerung ein Systemwechsel dahingehend vorgeschlagen, dass der Betreuungsunterhalt künftig jedenfalls für die ersten fünf Lebensjahre des Kindes als fester Prozentsatz aus dem bei Vollzeittätigkeit erzielten bzw bei zumutbarer Anspannung der Kräfte erzielbaren Bruttoeinkommen des Unterhaltspflichtigen zu entrichten ist und der betreuende Elternteil von dem erhaltenen Unterhalt ne-

⁷³⁸ Für ehemals verpartnerte Elternteile aus analoger Anwendung von § 68a Abs 1 EheG, siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel Abschnitt III.3.c. dieser Arbeit.

ben den einkommensbezogenen Steuern auch Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten hat, ohne dass eigenes Einkommen des betreuenden Elternteils oder Einkünfte des Unterhaltspflichtigen aus einer eventuellen Nebentätigkeit Berücksichtigung finden. Damit würde sich sowohl der Umfang der möglichen elterlichen Betreuung als auch die wirtschaftliche Situation der Familien alleinerziehender Elternteile verbessern, für deren Alter durch die Entrichtung von Rentenversicherungsbeiträgen auf den bezogenen Betreuungsunterhalt ebenfalls besser vorgesorgt wäre.

LITERATURVERZEICHNIS

Absenger, Nadine/Ahlers, Elke/Bispinck, Reinhard/Kleinknecht, Alfred/Klenner, Christina/Lott, Yvonne/Pusch, Toralf/Seifert, Hartmut, Neuer WSI-Report - Arbeitszeiten in Deutschland. Entwicklungstendenzen und Herausforderungen für eine moderne Arbeitszeitpolitik (November 2014), Düsseldorf.

Aichhorn, Ulrike/Marschall, Norbert, Die Rolle der Frau im ABGB: § 137b ABGB und seine ungewollten Folgen, Überlegungen für eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation von Müttern und Vätern unehelicher Kinder, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 200 Jahre ABGB. RichterInnenwoche 2011 in Lochau 16.-20. Mai 2011 (2012) 222–235.

Alt, Christian/Berg-Lupper, Ulrike/Bien, Walter/Brunnbauer, Bettina et al, Zur Zukunft der Kinderbetreuung - Bilanz und Perspektiven, in Bien/Rauschenbach/Riedel (Hrsg), Wer betreut Deutschlands Kinder? DJI-Kinderbetreuungsstudie¹ (2007) 281–299.

Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg), Europäische Sozialstatistik Bevölkerung (2000), Luxemburg.

Bäumel, Dieter/Büte, Dieter/Poppen, Enno, Unterhaltsrecht. Kommentar (2006), C.H. Beck, München.

Baumgarten, Steffen, Die Entstehung des Unehelichenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch VIII (2007), Böhlau, Köln.

Becker-Stoll, Fabienne, Kindeswohl und Fremdbetreuung, FamRZ 2010, 77–81.

Beck-Gernsheim, Elisabeth/Gaisbauer, Hubert (Hrsg), Lebenspartnerschaft. 14. Europäische Notarentage 2002 Bd. 22 (2003), Manz, Wien.

Beclin, Barbara, Gemeinsame und sukzessive Adoption nicht mehr auf Ehepaare beschränkt. Weitreichende Folgen der ersatzlosen Aufhebung des § 191 Abs 2 Satz 1 ABGB, EF-Z 2016/62, 142–143.

Beclin, Barbara, Sind nicht verheiratete Eltern einander zu Unterhalt verpflichtet? EF-Z 2007/3, 10–16.

Beclin, Barbara, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, in Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht¹ (2015) 115–176.

Beitner, Helmut, Der Anspruch nach § 167 ABGB, JBl 1955, 106–107.

Berka, Lydia, Scheidung und Scheidungsreform 2000 (2000), WUV-Univ.-Verlag, Wien.

Berka-Böckle, Lydia, Der verschuldensunabhängige Anspruch nach § 68a EheG - Neue

Überlegungen zum Scheidungsunterhalt anhand aktueller Rechtsprechung, JBl 2004, 223–237.

Bien, Walter/Rauschenbach, Thomas/Riedel, Birgit (Hrsg), Wer betreut Deutschlands Kinder? DJI-Kinderbetreuungsstudie¹ (2007), Cornelsen Scriptor, Berlin [u.a.].

Börger, Ulrike, Erfahrungen mit der Anwendung des neuen Rechts. Plädoyer für die Entwicklung von Anwendungskriterien zur Schaffung von Rechtssicherheit, mehr Vertrauensschutz für Altfälle und die Berücksichtigung nicht nur ehebender Nachteile, sondern auch ehebender Vorteile, FPR 2009, 71–75.

Brüggemann, Dieter, Die Ansprüche der Mutter gegen den außerehelichen Schwängerer, FamRZ 1971, 140–150.

Brühl, Günter, Unterhaltsrecht. Grundbegriffe und Praxis² (1963), Gieseking, Bielefeld.

Brühl, Günter/Wax, Peter/Göppinger, Horst (Hrsg), Unterhaltsrecht⁶ (1994), Gieseking, Bielefeld.

Büdenbender, Ulrich, Der Unterhaltsanspruch des Vaters eines nichtehelichen Kindes gegen die Kindesmutter, FamRZ 1998, 129–138.

Bundesmann-Jansen, Jörg/Groß, Hermann/Munz, Eva, Arbeitszeit ,99. Ergebnisse einer repräsentativen Beschäftigtenbefragung zu traditionellen und neuen Arbeitszeitformen in der Bundesrepublik Deutschland (2000), Düsseldorf.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Bundesprogramm „KitaPlus: Weil gute Betreuung keine Frage der Uhrzeit ist“, kitaplus.fruehe-chancen.de/programm/ueber-das-programm/ (1. 6. 2017).

Bundesministerium für Familien und Jugend, Gratiskindergarten und verpflichtender Besuch, bmfj.gv.at/familie/kinderbetreuung/gratiskindergarten-verpflichtender-besuch (25. 6. 2017).

Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 200 Jahre ABGB. RichterInnenwoche 2011 in Lochau 16.-20. Mai 2011 151 (2012), NWV, Neuer Wiss. Verlag, Wien.

Bundesministerium für Justiz, Referat Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, Wesentliche Inhalte zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, FF 2005, 123–125.

Burhoff, Detlef/Willemsen, Volker, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft⁴ (2014), ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Köln.

Büte, Dieter/Poppen, Enno/Menne, Martin/Botur, André, Unterhaltsrecht. Kommentar² (2009), C.H. Beck, München.

Büttner, Helmut, Unterhalt für die nichteheliche Mutter, FamRZ 2000, 781–786.

- Büttner, Helmut, Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, FPR 2009, 92–97.
- Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), Springer, Wien.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Familienrecht⁶ (2010), C.H. Beck, München.
- Crößmann, Anja/Mischke, Johanna, Arbeitsmarkt auf einen Blick – Deutschland und Europa, 2016 (Januar 2016), Wiesbaden.
- Deixler-Hübner, Astrid, Grundfragen des neuen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruchs nach § 68a EheG, ÖJZ 2000, 707–715.
- Deixler-Hübner, Astrid, Die nichteheliche Partnerschaft. Grenzen des geltenden Rechts und Regelungsaufgaben für den Gesetzgeber, in Österreichische Notariatskammer (Hrsg), Freiheit Sicherheit Recht. Festschrift Georg Weißmann (2003) 163–188.
- Deixler-Hübner, Astrid, Die nichteheliche Partnerschaft. Rechtswirklichkeit und Forderungen an den Gesetzgeber, in Beck-Gernsheim/Gaisbauer (Hrsg), Lebenspartnerschaft. 14. Europäische Notarentage 2002 (2003) 33–46.
- Deixler-Hübner, Astrid, Rechtliche Regelungen für Lebensgemeinschaften im Innenverhältnis. Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, iFamZ 2012, 193–197.
- Deixler-Hübner, Astrid (Hrsg), Handbuch Familienrecht¹ (2015), Linde Verlag Ges.m.b.H, Wien.
- Deixler-Hübner, Astrid, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft. Rechtliche Folgen der Ehescheidung und Auflösung einer Lebensgemeinschaft¹² (2016), LexisNexis ARD ORAC, Wien.
- Deixler-Hübner, Astrid/Fucik, Robert/Huber, Markus, Das neue Kindschaftsrecht. Systematische Kurzeinführung; Gesetzestext sämtlicher personen-, kindschafts- und sachwalterrechtlichen Bestimmungen in ABGB, AußStrG und Nebengesetzen mit den Materialien (ErläutRV und des AB) zum KindNamRÄG; Kommentierung mit Fokus auf inhaltlich neu gefassten Texten; Übereinstimmungstabelle; [KindNamRÄG 2013: kompakt und komplett - mit Kommentar!] (2013), LexisNexis, Wien.
- Deixler-Hübner, Astrid/Ulrich, Silvia (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz. Grundrechte - Elternrechte - Kinderrechte (2013), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien.
- A. Derleder/P. Derleder, Kindesbetreuung und Ehegattenunterhalt, FamRZ 1977, 587–594.
- P. Derleder, Der eheunabhängige Unterhalt für Alleinerziehende. Der Unterhaltsanspruch für die Betreuung des nicht aus einer Ehe stammenden Kindes als Rechtsinstitut zwischen elementarer Solidaritätssicherung und der Verrechtlichung der nichtehelichen

Lebensgemeinschaft, DEuFamR 1999, 84–92.

Dethloff, Nina, Familienarbeit im Wandel, in Hofer/Klippel/Walter (Hrsg), Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab (2005) 343–357.

Dethloff, Nina, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß? Gutachten A für den 67. Deutschen Juristentag, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), Verhandlungen des siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008. Band I Gutachten (2008).

Dethloff, Nina, Familienrecht. Ein Studienbuch³⁰ (2012), C.H. Beck, München.

Deutscher Anwaltverein, Ausschuss Familienrecht, Initiativstellungnahme zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts. Stellungnahme Nr.: 04/2017, anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht (7. 5. 2017).

Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo/Rupprecht, Stephanie (Hrsg), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz² (2013), Mohr Siebeck, Tübingen.

Dose, Hans-Joachim (Hrsg), Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Leitlinien der Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht und zum Verfahren in Unterhaltsprozessen⁸ (2011), C.H. Beck, München.

Düsseldorfer Tabelle, Stand 01.01.2017, olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2017/20161207_Duesseldorfer-Tabelle.pdf (25. 6. 2017).

Ehinger, Uta, Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 25–29.

Ehinger, Uta, Der Betreuungsunterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FPR 2010, 389–395.

Engel, Sabine, Rechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (2. Teil), JRP 1994, 202–213.

Eschenbruch, Klaus/Klinkhammer, Frank/Menne, Martin (Hrsg), Der Unterhaltsprozess. Praxishandbuch des materiellen Unterhaltsrechts und des Verfahrens in Unterhaltssachen⁶ (2013), Luchterhand, Köln.

Fast jede zweite Frau in Österreich arbeitet mittlerweile Teilzeit, derstandard.at/2000039000778/Fast-jede-zweite-Frau-arbeitet-mittlerweile-Teilzeit (25. 6. 2017).

Fenyves, Attila/Welser, Rudolf (Hrsg), ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht. 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000), Verlag Österreich, Wien.

Ferrari, Susanne, Verschuldensunabhängiger Scheidungsunterhalt nach den §§ 68a und 69b EheG, in Ferrari/Hopf (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich. Eherechts-Änderungsgesetz per 1.1.2000 Ausländische Parallelen (2000) 37–75.

Ferrari, Susanne, Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben in Österreich, in Kroppenberg (Hrsg), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben (2009) 167–185.

Ferrari, Susanne, Benötigen moderne Partnerschaften und Familien zu Beginn des 21. Jahrhunderts noch gesetzliche Regelungen? in Neuwirth (Hrsg), Familie neu? Jüngste Familienrechtsänderungen im Hinblick auf Partnerschaften und gelebte Familienformen (2010) 33–43.

Ferrari, Susanne, Kindesrecht und Elternkonflikt in Österreich, in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg), Kindesrecht und Elternkonflikt (2013) 111–136.

Ferrari, Susanne/Hopf, Gerhard (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich. Eherechts-Änderungsgesetz per 1.1.2000 Ausländische Parallelen (2000), Manz, Wien.

Fischer-Czermak, Constanze/Beclin, Barbara, Reformvorschläge für nichteheliche Lebensgemeinschaften. Legaldefinition - wechselseitige Rechte und Pflichten - Erbrecht - Mietrecht - Trennung - Unterhalt, iFamZ 2012, 188–193.

Fischer-Czermak, Constanze/Beclin, Barbara, Neue Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften? Gutachten für den 18. Österreichischen Juristentag Linz 2012 Band II/1 2,1 : Abteilung Zivilrecht (2012), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien.

Frowein, Jochen Abraham/Peukert, Wolfgang, Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein.

Gender Pay Gap: Österreich in Europa weiterhin Vorletzter, derstandard. at/2000031826284/Lohnschere-Oesterreich-in-Europa-weiterhin-Vorletzter (6. 6. 2017).

GEO-lino-UNICEF-Kinderwertemonitor 2014, unicef.de/blob/56990/a121cfd7c7acbd-2f4b97cbcdf0cc716/geolino-unicef-kinderwertemonitor-2014-data.pdf (23. 6. 2017).

Gitschthaler, Edwin, Neuerungen im Recht der Lebensgemeinschaften, AnwBl 2012, 598–608.

Gitschthaler, Edwin (Hrsg), Kindschafts- und Namenrechts-Änderungsgesetz 2013. Beiträge - Gesetzestext - Erläuterungen (2013), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien.

Gitschthaler, Edwin, Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht, in Gitschthaler (Hrsg), Kindschafts- und Namenrechts-Änderungsgesetz 2013. Beiträge - Gesetzestext - Erläuterungen (2013) 257–274.

Gitschthaler, Edwin, Unterhaltsrecht³ (2015), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien.

Gitschthaler, Edwin/Höllwerth, Johann (Hrsg), Ehe- und Partnerschaftsrecht. EheG und EPG samt ehe- und partnerschaftsrechtlichen Bestimmungen des MRG, des WEG, der JN, der ZPO, des AussStrG, der EO (einschliesslich Gewaltschutz) und des Sozialversicherungs- sowie des Pensionsrechts¹ (2010), Springer, Wien.

Götz, Isabell, Anforderungen an die Erwerbsobliegenheit des Kindesbetreuenden Elternteils im neuen Unterhaltsrecht - eine Erfolgsgeschichte für die betroffenen Kinder? FPR 2011, 149–153.

Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch⁶ (2016), Verlag C.H. Beck; Helbing Lichtenhahn Verlag; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, München, Basel, Wien.

Griesche, Gerhard, Übersicht über die Rechtsprechung zum neuen Unterhaltsrecht gemäß dem 1. EheRG, FamRZ 1981, 423–427.

Griss, Irmgard/Kathrein, Georg/Kozioł, Helmut/Apathy, Peter (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006), Springer, Wien, New York.

Grziwotz, Herbert, Nichteheliche Lebensgemeinschaft⁴ (2006), C.H. Beck, München.

Haag, Kurt (Hrsg), Geigel Der Haftpflichtprozess. Mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts²⁶ (2011), C.H. Beck, München.

Haller, Lisa, Unterm Strich: Die Auswirkungen der Rangfolgenänderung im neuen Unterhaltsrecht, in Scheiwe/Wersig (Hrsg), Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhaltsrecht im Wandel (2010) 215–233.

Hamm, Monika, Strategien im Unterhaltsrecht. [mit Unterhaltsrechtsreform] (2008), C.H. Beck, München.

Harrer, Friedrich/Zitta, Rudolf (Hrsg), Familie und Recht (1992), Orac, Wien.

Hausmann, Rainer/Hohloch, Gerhard, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Handbuch² (2004), Schmidt, Berlin.

Heiderhoff, Bettina, Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das dritte Lebensjahr hinaus in der aktuellen Rechtsprechung des BGH - lässt die Unterhaltsrechtsreform wirklich so wenig Spielraum? FamRZ 2012, 1604–1610.

Hirsch, Claudia, Der Billigkeitsbegriff im nachehelichen Unterhaltsrecht in den §§ 67 ff EheG. Eine vergleichende Gegenüberstellung der unterschiedlichen Bedeutungen des Billigkeitsbegriffs, JBl 2008, 545–560.

Hofer, Sybille/Klippel, Diethelm/Walter, Ute (Hrsg), Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab (2005), Giesecking, Bielefeld.

Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg, Eherecht. Eherechtliche Bestimmungen des ABGB, EheG samt 1. DVEheG, Ehegattenwohnrecht, Eheverfahrensrecht, einschlägige Bestimmungen des Sozialversicherungs- und des Pensionsrechts : Kurzkommentar³ (Stand 1.4.2014, rdb.at), Manz, Wien.

Hopf, Gerhard/Stabentheiner, Johannes, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (1. Teil), ÖJZ 1999, 821–829.

Hopf, Gerhard/Stabentheiner, Johannes, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (2. Teil), ÖJZ 1999, 861–877.

Huber Christian, Unterhaltsverpflichtung des nichtehelichen Vaters gegenüber Kind und Mutter, FPR 2005, 189–192.

Hütter, Monika, Zweierlei Maß? - Zur Erwerbsobliegenheit der kinderbetreuenden Mutter, FamRZ 2011, 1772–1773.

Hütter, Monika, Der Anspruch des Kindes auf persönliche Betreuung durch einen Elternteil - nur bis zum dritten Lebensjahr? FPR 2012, 134–136.

IMABE Institut für medizinische Anthropologie und Bioethik, Österreich: Kritik am VfGH-Urteil zur Samenspende für lesbische Paare. Familienbischof: Kinder haben Recht auf Mutter und Vater, imabe.org/index.php?id=2015 (1. 3. 2017).

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen¹⁰ (1969), Schweitzer, Berlin.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger. BGB-Synopse 1896-2005:Gesamtausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches von seiner Verkündung 1896 bis 2005 mit sämtlichen Änderungen im vollen Wortlaut in synoptischer Darstellung ; Anhang: Ehegesetz von 1938, Ehegesetz von 1946 mit allen Änderungen bis 1998, Testamentsgesetz von 1938²⁰⁰⁵ (2006), Sellier-de Gruyter, Berlin.

Johannsen, Kurt H./Henrich, Dieter, Eherecht (1987), C.H. Beck, München.

Kaindl, Markus/Schipfer, Rudolf Karl, Familien in Zahlen 2015. Statistische Informationen zu Familien in Österreich (November 2015), Wien.

Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Friederici, Peter (Hrsg), Anwaltkommentar BGB. Band 4: Familienrecht (2005), Deutscher Anwalt Verlag, Bonn.

Kalthoener, Elmar/Büttner, Helmut, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts³ (1985), C.H. Beck, München.

Kathrein, Georg, Haftung für Körper-, Freiheits- und Ehrverletzungen, für Sachbeschädigungen und für mangelhafte Wege, in Griss/Kathrein/Koziol/Apathy (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 95–108.

Keller, Matthias/Haustein, Thomas, Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Ergebnisse des Mikrozensus 2013 (2015), Wiesbaden.

Kinder Studie 2013 „Die Welt mit Kinderaugen sehen“, emediarelease.de/uploads/downloads/3927_Zusammenfassung_kinderStudie_2013.pdf (25. 6. 2017).

Klein, Anne/Schlechta, Bettina, Will die Unterhaltsrechtsreform den Wert der Frau auf ihre Gebärtüchtigkeit reduzieren? FPR 2005, 496–502.

Klein Michael, Das neue Unterhaltsrecht 2008. Mit Beispielsfällen und Musterberechnungen (2008), Deutscher Anwalt Verlag, Bonn.

Knoll, Gerhard, Verschuldensunabhängiger Unterhalt im Ehescheidungsfolgenrecht nach dem EheRÄG 1999, RZ 2000, 104–116.

Koziol, Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht Band II. Besonderer Teil² (1984), Manz, Wien.

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf/Kletečka, Andreas, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014), Manz, Wien.

Krone, Sirikit/Stöbe-Blossey, Sybille, Vater, Mutter, Kind – und Job? Zur Organisation von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung, FPR 2010, 137–140.

Kroppenberg, Inge (Hrsg), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben (2009), Giesecking, Bielefeld.

Leibert, Tim (2010), Nichteeliche Geburten in Europa, in: Nationalatlas aktuell 4 (08.2010) 8 [25.08.2010. Leipzig: Leibniz-Institut für Länderkunde (IfL), aktuell.nationalatlas.de/wp-content/uploads/10_08_Geburten.pdf (23. 6. 2017).

Lenze, Anne, Das neue Unterhaltsrecht aus sozialrechtlicher Perspektive, FamRZ 2009, 1724–1729.

Lenze, Anne, Alleinerziehende unter Druck. Rechtliche Rahmenbedingungen, finanzielle Lage und Reformbedarf. Im Auftrag der Bertelsmann Stiftung (2014), Darmstadt.

Limbach, Jutta, Das Verhältnis von Familie und Beruf im Unterhaltsrecht nach der Scheidung, NJW 1982, 1721–1727.

Löhnig, Martin, Betreuungsunterhalt - Verlängerung des Betreuungsunterhalts. Besprechung von BGH, Urteil vom 13.01.2010 - XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 (OLG Köln), JA 2010, 466–467.

Löhnig, Martin, Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen im Rahmen einer faktischen Lebensgemeinschaft. BGH, Beschluss vom 09.03.2016 - XII ZB 693/14 (OLG Nürnberg), JA 2016, 466–467.

Löhnig, Martin, Das Unterhaltsrecht in der faktischen Partnerschaft, NJW 2016, 1487–1489.

Löhnig, Martin/Gietl, Andreas/Preisner, Mareike, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern. Abstammung - Sorgerecht - Umgangsrecht - Namensrecht - Unterhalt³ (2010), Erich Schmidt Verlag, Berlin.

Löhnig, Martin/Preisner, Mareike, Zur notwendigen Neugestaltung des Betreuungsunterhalts, FamRZ 2010, 2029–2035.

Löhnig, Martin/Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter (Hrsg), Kindesrecht und Elternkonflikt (2013), Gieseking, Bielefeld.

Luthin, Horst, Unterhaltsrecht - quo vadis, FPR 2004, 567–572.

Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald P./Stadler, Gerhard (Hrsg), 40 Jahre EMRK Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band II Wesen und Werte / Rudolf Machacek ... (Hrsg.) ; Bd. 2 (1992), Engel, Kehl u.a.

Martiny, Dieter, Unterhaltsrang und -rückgriff. Mehrpersonenverhältnisse und Rückgriffsansprüche im Unterhaltsrecht Deutschland, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika (2000), Mohr Siebeck, Tübingen.

Max-Planck-Institut für demografische Forschung (MPIDR) Pressemitteilung vom 24. Juli 2014, Nichteheliche Geburten. Deutschland auf Dauer geteilt. Geburten ohne Trauschein sind in Ostdeutschland die Norm - ganz anders als im Westen. Dieser Unterschied hat historische Wurzeln weit vor 1945. Er wird noch lange bleiben. https://www.demogr.mpg.de/mediacms/3497_MPIDR-PM_Deutschland_auf_Dauer_geteilt.pdf (23.06.2017).

Mayer, Heinz/Muzak, Gerhard, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. B-VG, F-VG, Grundrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2015), Manz, Wien.

Meier, Uta, Infantilisierung von Armut und kein Ende in Sicht? Was Armut von Kindern für ihren Sozialisationsverlauf bedeutet, Frühförderung interdisziplinär 2004, 157–166.

Meissel, Franz-Stefan, Unterhaltsansprüche aus Lebensgemeinschaft? Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Unterhalt (Teil II), EF-Z 2008/4, 13–19.

Meissel, Franz-Stefan/Preslmayr, Martin, Die Abgeltung von Leistungen in der Lebens-

gemeinschaft, in Harrer/Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992) 515–544.

Menne, Martin/Grundmann, Birgit, Das neue Unterhaltsrecht. Einführung - Gesetzgebungsverfahren - Materialien mit Musterberechnungen, Beispielen und Synopse (2008), Bundesanzeiger-Verlag, Köln.

Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar² (2006), Nomos, Baden-Baden.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band IV. Familienrecht IV2 (1896), Guttentag, Berlin.

Müller, Christian, Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Begrenzung des Betreuungsunterhalts für unverheiratete Mütter? DAVorm 2000, 829–838.

Neuwirth, Karin (Hrsg), Familie neu? Jüngste Familienrechtsänderungen im Hinblick auf Partnerschaften und gelebte Familienformen (2010), Trauner, Linz.

Nowack, Nina/Ganner, Michael, Verfassungswidrigkeit des Betreuungsunterhalts und des Unterhaltsanspruchs der nicht verheirateten Mutter? Ist eine Anpassung des Unterhaltsrechts erforderlich? iFamZ 2010, 68–71.

OLG München, Rechtsprechungshinweise der Münchner Familiensenate des Oberlandesgerichts München zum Unterhaltsrecht für die Zeit ab 1.1.1983, FamRZ 1983, 20–21.

Opet, Otto, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1899), Vahlen, Berlin.

Österreichische Notariatskammer (Hrsg), Freiheit Sicherheit Recht. Festschrift Georg Weißmann (2003), Manz, Wien.

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁴¹ (1982), C.H. Beck, München.

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁵⁵ (1996), C.H. Beck, München.

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch²⁷ (1968), C.H. Beck, München.

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch⁷³ (2014), C.H. Beck, München.

Pernthaler, Peter/Rath-Kathrein, Irmgard, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie – Art. und 12 EMRK –, in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), 40 Jahre EMRK Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band II Wesen und Werte (1992).

Peters, Anne/Altwicker, Tilmann, Europäische Menschenrechtskonvention² (2012), C.H. Beck, München.

Peters, Anne/König, Doris, Kapitel 21: Das Diskriminierungsverbot, in Dörr/Grote/Maruhn/Rupprecht (Hrsg), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und

deutschen Grundrechtsschutz² (2013) 1301–1465.

Pressemitteilung der CDU/CSU Fraktion des Deutschen Bundestages vom 06.06.2014, Psychologische Studie zum Kindeswohl, FF 2014, 341.

Puls, Jutta, Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FamRZ 1998, 865–876.

Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5 Familienrecht (§§ 1297–1921) Ehegesetz¹ (1978), C.H. Beck, München.

Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7 Familienrecht I (§§1297–1588) VAHRG, VAÜG, EheG Bd. 7³ (1993), C.H. Beck, München.

Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8 Familienrecht II §§ 1589–1921 SGB VIII⁴ (2002), C.H. Beck, München.

Rolland, Walter, Das neue Ehe- und Familienrecht 1. EheRG. Kommentar zum 1. Eherechtsreformgesetz von Dr.- Walter Rolland¹ (1977), Luchterhand, Neuwied.

Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. mit IPRG, EVÜ, EheG, MRG, WGG, WEG, BTVG, HeizKG, KSchG in zwei Bänden. 1. Band §§ 1 bis 1174 ABGB³ (2000), Manz, Wien.

Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. mit IPRG, EVÜ, EheG, MRG, WGG, WEG, BTVG, HeizKG, KSchG in zwei Bänden. 2. Band §§ 1175 bis 1502 ABGB; Nebengesetze; 4. Teil EheG, KSchG³ (2002), Manz, Wien.

Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Band / Teil 2b: §§ 1313 bis 1341 ABGB³ (Stand 1.1.2004, rdb.at), Manz, Wien.

Rummel, Peter/Lukas, Meinhard (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit wichtigen Nebengesetzen und EU-Verordnungen. Teilband §§ 231 - 284 h ABGB (Kindesunterhalt, Sachwalterschaft)⁴ (Stand: 1.7.2015, rdb.at), Manz, Wien.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8 Familienrecht II §§ 1589–1921 SGB VIII Bd. 8⁶ (2012), C.H. Beck, München.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7 Familienrecht I §§ 1297–1588 VersAusglG GewSchG LPartG⁶ (2013), C.H. Beck, München.

Schäuble, Marina, Erwerbsobliegenheit im Betreuungsunterhalt (2013), Gietl, Regenstein-

auf.

Scheiwe, Kirsten/Wersig, Maria (Hrsg), Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhaltsrecht im Wandel Band 1 (2010), Nomos, Baden-Baden.

Schneekloth, Ulrich/Pupeter, Monika, Familie als Zentrum: Bunt und vielfältig, aber nicht für alle Kinder gleich verlässlich, in World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2010. 2. World Vision Kinderstudie (2010) 61–94.

Schneekloth, Ulrich/Pupeter, Monika, Familiäre Hintergründe: bunte Vielfalt, aber auch deutliche Unterschiede in den Lebenslagen, in World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2013. 3. World Vision Kinderstudie (2013) 79–110.

Scholz, Harald, Bar- und Betreuungsunterhalt für das minderjährige Kind, in Schwab/Hahne (Hrsg), Familienrecht im Brennpunkt. Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ vom 22.-24. April 2004 in Bonn (2004) 99–114.

Schwab, Dieter, Handbuch des Scheidungsrechts¹ (1977), Vahlen, München.

Schwab, Dieter, Familiäre Solidarität - Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich: Das deutsche Recht, in Schwab/Henrich/Gottwald/Walter (Hrsg), Familiäre Solidarität: Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich (1997) 39–62.

Schwab, Dieter, Unterhalt 2014, FF 2012, 138–154.

Schwab, Dieter, Familienrecht²³ (2015), C.H. Beck, München.

Schwab, Dieter/Hahne, Meo-Micaela (Hrsg), Familienrecht im Brennpunkt. Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ vom 22.-24. April 2004 in Bonn (2004), Giesecking, Bielefeld.

Schwab, Dieter/Henrich, Dieter/Gottwald, Peter/Walter, Ute (Hrsg), Familiäre Solidarität: Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich (1997), Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld.

Schwimann, Michael (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar. Mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG³ (2015), LexisNexis ARD ORAC, Wien.

Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg), ABGB Praxiskommentar. Band 1 (ABGB, EheG, 1. DVEheG, UVG, USchG, TEG, PatVG)⁴ (Stand November 2011, lexisnexus.at), Wien.

Schwimann, Michael/Kolmasch, Wolfgang, Unterhaltsrecht⁸ (2016), LexisNexis ARD ORAC, Wien.

Seidel, Andrea, Der Anspruch der Mutter eines nichtehelich geborenen Kindes gegen den Kindsvater auf Betreuungsunterhalt im Lichte des Verfassungsrechts (2000), Peter Lang, Frankfurt am Main, New York.

Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen¹² (1988), Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.

Stabentheiner, Johannes, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft - ein Überblick, NZ 1995, 49–63.

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages. Hannover 1992 Band II (Sitzungsberichte) (1992), C.H. Beck, München.

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), Verhandlungen des siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008. Band I Gutachten (2008), C.H. Beck, München.

Statistik Austria, Arbeitsmarktstatistiken 2016: Detailergebnisse E Arbeitszeit, statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/erwerbsstatus/index.html (5. 6. 2017).

Statistik Austria, Zeitverwendung 2008/2009. Ein Überblick über geschlechtsspezifische Unterschiede. Endbericht der Bundesanstalt Statistik Österreich an die Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst (31.07.2009), Wien.

Statistisches Bundesamt (Destatis), Zahl der Woche vom 23. Februar 2016. In 20 % der Familien leben Kinder nur mit Mutter oder Vater, destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2016/PD16_08_p002pdf.pdf?__blob=publicationFile (25. 6. 2017).

Statistisches Bundesamt (Destatis), Zeitverwendung (ZVE) 2012/2013, destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/EinkommenKonsumLebensbedingungen/Zeitverwendung/Tabellen/Aktivitaeten_Typ_ZVE.html (25. 6. 2017).

Statistisches Bundesamt (Destatis), Zusammenfassende Übersichten. Eheschließungen, Geborene und Gestorbene 1946 – 2015 (30.06.2016), Wiesbaden.

Statistisches Bundesamt (Destatis)/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Auszug aus dem Datenreport 2016. Kapitel 2 Familie, Lebensformen und Kinder, Wiesbaden.

Strätz, Hans-Wolfgang, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 301–308.

Tazi-Preve, Irene Mariam/Kapella, Olaf/Kaindl, Markus/Klepp, Doris/Krenn, Benedikt/

Seyyed-Hashemi, Setare/Titton, Monica, Väter im Abseits. Zum Kontaktabbruch der Vater-Kind-Beziehung nach Scheidung und Trennung¹ (2007), Dt. Univ.-Verl. u. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden.

Ulrich, Silvia, Die Judikatur des EGMR und VfGH zum Obsorge- und Namensrecht, in Deixler-Hübner/Ulrich (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz. Grundrechte - Elternrechte - Kinderrechte (2013) 1–31.

Verschraegen, Bea, „Samenleven Buiten Huwelijk“, „Cohabitation“ oder die „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ in niederländischer, englischer und österreichischer Theorie und Praxis, ZfRV 1983, 85–141.

Viefhues, Wolfram (Hrsg), Juris-PraxisKommentar BGB. Band 4 Familienrecht⁴ (2009), Juris, Saarbrücken.

Viefhues, Wolfram, Das sog. Problemkind beim Betreuungsunterhalt, FF 2011, 153–157.

Weiser, Barbara, Änderungsbedarf beim Betreuungsunterhaltsanspruch unverheirateter Elternteile (2002), P. Lang, Frankfurt am Main.

Wellenhofer, Marina, Die Unterhaltsrechtsreform nach dem Urteil des BVerfG zum Betreuungsunterhalt, FamRZ 2007, 1282–1289.

Wellenhofer-Klein, Marina, Die mittelbare Diskriminierung des nichtehelichen Kindes durch § 1615l BGB, FuR 1999, 448–455.

Wersig, Maria, Deutschland braucht ein Fortpflanzungsmedizingesetz, gwi-boell.de/de/2016/02/11/deutschland-braucht-ein-fortpflanzungsmedizingesetz (25. 6. 2017).

Wever, Reinhardt, Zur unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts nach § 1615l und § 1570 BGB, FF 2005, 174–178.

Wever, Reinhardt/Schilling, Roger, Streitfragen zum Unterhalt nicht miteinander verheirateter Eltern wegen Kindesbetreuung, FamRZ 2002, 581–590.

Willekens, Harry, Unterhalt durch Betreuung - eine rechtsvergleichende Perspektive, in Scheiwe/Wersig (Hrsg), Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhaltsrecht im Wandel (2010) 57–81.

Willutzki, Siegfried, Referat, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg), Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages. Hannover 1992 (1992) M33-M57.

World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2007. 1. World-Vision-Kinderstudie (2007), Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt am Main.

World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2010. 2. World Vision Kinderstudie (2010), Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt am Main.

World Vision Deutschland e.V. (Hrsg), Kinder in Deutschland 2013. 3. World Vision Kinderstudie (2013), Beltz; Ciando, Weinheim, Basel, München.

Zartler, Ulrike, Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften? Überlegungen aus soziologischer Perspektive, iFamZ 2012, 201–204.

Zartler, Ulrike/Beham-Rabanser, Martina/Kromer, Ingrid/Leitgöb, Heinz/Weber, Christoph, Alleinerziehende in Österreich. Lebensbedingungen und Armutsrisiken (April 2011), BMASK, Wien.

Zeiller, Franz Edlen von, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (1811), Geistinger, Wien, Triest.

